Die Neben- und Nachschussleistung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser Wilhelms-Universität zu Strasssburg

vorgelegt von

Paul Eckelt

Referendar in Strassburg.

Erstein 1913.

Buchdruckerei Albert Hotop.

Referent: Professor Dr. REHM.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. 1

Vorbemerkung 6

I. Hauptteil: Die Nebenleistung.

1. Kapitel: Die juristische Natur der Nebenleistung.

§ 2. A. Kurzer Ueberblick über die verschiedenen Theorien der Nebenleistung bei der Aktien-Gesellschaft alten Rechts. 7

§ 3. B. Die Voraussetzugen der Nebenleistung bei der Gesellschaft mit beschr. Haftung 12

§ 4. C. Juristische Natur der Nebenleistung, ihr Wesen und wichtige sich daraus ergebende Folgerungen . . 19

2. Kapitel.

§ 5. Inhalt der Nebenleistung 26

§ 6. Umfang der Nebenleistung

I. Bei normalem Geschäftsbetrieb 33

II. Im Konkurs und in der Liquidation . . . 37

3. Kapitel: Die Erfüllung der Nebenleistung, ihre Wirkungen; die Nichterfüllung und deren Folgen.

§ 7. A. Solange der Geschäftsanteil sich noch in erster Hand befindet 40

§ 8. B. Nach dem Uebergang auf einen Nachfolger . . 48

II. Hauptteil: Die Nachschussleistung.

I. Abschnitt.

§ 9. A. Die Voraussetzungen der Nachschussleistung . . 55

§ 10. B. Die Nachschussleistung als Unterscheidungsmerkmal der verschiedenen Arten der Gesellschaften mit beschr. Haftung 60

II. **Abschnitt.**

§ 11. A. Die Zweckbestimmung der Nachschussleistung . 65
§ 12. B. Das Wesen der Nachschüsse 67

III. **Abschnitt.**

§ 13. Die Einzahlung der Nachschüsse 71
§ 14. Die Rückzahlung der Nachschüsse 77

IV. **Abschnitt: Die Haftung für die Nachschussleistung.**

§ 15. I. Die Haftung im Allgemeinen 83
II. Die Haftung im Besonderen 84
§ 16. A. Die Haftung für Nachschussleistungen, deren Umfang im Gesellschaftsvertrag nicht begrenzt ist 84
1. Das Abandonrecht . . . . .
2. Das Konfiskationsrecht . . . . .
§ 17. B. Die Haftung für absolut beschränkte Nachschussleistungen 90
§ 18. C. Die Haftung für an sich unbeschränkte Nachschussleistungen, die bis zu einem gewissen Betrag erzwingbar sind 95

V. **Abschnitt.**

§ 19. Die Stellung der Nachschüsse in der Bilanz 96
§ 20. Die Nachschussleistung, ihre Anwendung in der Praxis 102

Literatur - Angabe.

Bähr: Die Gesellschaft mit beschr. Haftung (Grenzboten) 1892.

Birkenbihl: Die Gesellschaft m. beschr. Haftung 1893.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. III. Aufl. 1895, VII. Aufl. 1910.

Ebert: Die Nebenleistungs-Aktien-Gesellschaft. Diss. 1904.

Esser: Kommentar über die Gesellschaft m. beschr. Haftung IV. Aufl. 1908.

Förtsch: Kommentar über die Gesellschaft m. beschr. Haftung II. Aufl. 1899.

Gierke: Genossenschaftstheorie u. Deutsche Rechtsprechung 1887

Greiner: Die Nachschusspflicht bei der Gesellschaft m. beschr Haftung. Diss. 1911.

Kornfeld-Scheu: Gesetz über Gesellschaft m. b. H. (österr. Ges.) Wien 1906.

Leist: Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht. 1904.

Liebmann: Kommentar ü. die Gesellschaft m. beschr. Haftung. V. Aufl. 1906.

Lietmann: Die Unternehmungsformen 1912.

Lubszynski: Die Gesellschaft m. beschr. Haftung.

Merzbacher: Kommentar ü. die Gesellschaft m. beschr. Haftung. IV. Aufl. 1910.

Neukamp: Kommentar über die Gesellschaft m. beschr. Haftung. III. u. IV. Auflage 1907.

Parisius-Crüger: Kommentar ü. die Gesellschaft m. beschr. Haftung. V. Aufl. 1911.

Derselbe in Guttentag's Sammlung XII. Aufl. 1912.

Rehm: Bilanzen der Aktien-Gesellschaft, Gesellschaft m. beschr. Haftung etc. 1903.

Sallach: Die Nebenleistungsaktiengesellschaft. Diss. 1910.

Staub: Kommentar ü. die Gesellschaft m. beschr. Haftung. III. Aufl. 1909.

Derselbe: Kommentar ü. die Gesellschaft m. beschr. Haftung I. Aufl. 1903.

Derselbe: Kommentar zum Handelsgesetzbuch IX. Aufl. 1912.

Drucksachen des Deutschen Reichstages: 8. Leg.-Per. 1890-92 I. Sess. Reg.-Entw. zu Gesellschaft m. beschr. Haftung Nr. 660. (cit. als Motive I.)

Dasselbe: Kommissionsbericht Nr. 744
Stenographische Berichte des Deutschen Reichstages 8. Leg.-Per. 1890-92. Sitzung 19. Febr. 1892, 19. März 1892, (cit. als Motive II.)
Jaeger: Konkursordnung I. Aufl. 1904, III. u. IV. 1912.
Wilmowski: Konkursordnung V. Aufl. 1906.

Zeitschriften etc.

Das Recht. Sammlung für Laien u. Juristen. Bd. 12 Die G. m. b. H.
Das Recht.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Entscheidungen betr. Freiwillige Gerichtsbarkeit und Grundbuchrecht.
Jahrbuch der Entsch. des Kammergerichts von Johow.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. (Leipz. Zeitschr.)
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen (Holdheim Mon.)
Statistik des Deutschen Reiches, Vierteljahrshefte.
Verhandlungen des Deutschen Juristentages.
Zeitschrift für Aktien-Gesellsch. u. Gesellsch. m. beschr. Haftung.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

§ 1. Einleitung.

In der deutschen Juristenzeitung vom Jahre 1902 (S. 327) schrieb Rechtsanwalt Liebmann nach erst zehnjährigem Bestehen der Gesellschaft in einem Artikel: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis: „Dass die Gesellschaft m. b. H. ein lebensfähiges Wesen war, dass sie auch für die späteren Entwickelungsjahre zu den schönsten Hoffnungen berechtigt, wird wohl heute von niemand mehr in Abrede gestellt. Wenn die von hervorragender juristischer Seite[1]) geäusserten Befürchtungen ebensowenig als das anfänglich in der Praxis vorhanden gewesene Misstrauen nach der wirtschaftlichen Entwickelung sich als begründet ergaben, so ist auch die Abneigung des Handelsstandes, die wohl mehr auf die Neuheit als auf die juristische Konstruktion der neuen Gesellschaftsform zurückzuführen war, in das Gegenteil umgeschlagen."

Die beispiellos rasche Entwickelung[2]) die sie in der Folgezeit genommen, die Bedeutung, die sie für das deutsche Wirtschaftsleben erlangt hat,[3]) können nur die Richtigkeit dieser Aufstellungen beweisen, beweisen auch, wie gut die Verfasser die Bedürfnisse des praktischen Lebens erkannt, und wie sehr sie ihnen zu genügen vermocht haben.[4])

---

[1]) Bähr: Sonderabdruck in den Grenzboten 1884.
Goldschmidt: Alte und neue Formen der Handelsgesellschaften 1892.

[2]) Siehe Statistik unten S. 5.

[3]) In Oesterreich wurde die G. m. b. H. 1907 eingeführt mit der Begründung, dass sie ein wirksames Mittel sei zur Belebung und Förderung des Handels und Industrie, was die stetige Entwickelung und Verbreitung der Gesellschaft in Deutschland während der 15 Jahre ihres Bestehens zeige. Vgl. Holdh. Mon. 19. Jahrg. S. 205 und D. Juristentag Bd. 31 S. 314.

[4]) Vgl. Jur. Z. 1912 S. 93.; die dort angeführten wirtschaftlichen Gefahren und Schwächen des Gesetzes.

Ihre grosse Beliebtheit in weiten Kreisen und ihre von Jahr zu Jahr gesteigerte Zunahme erklärt sich aus der Verschiedenartigkeit der wirtschaftlichen Unternehmungen, für welche die Form der G. m. b H. Anwendung findet. Die Vielgestaltigkeit hinsichtlich des Zweckes geht soweit wie möglich. Erlaubt doch das Gesetz (§ 1) ihre Errichtung zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck. Sie ist nicht bloss für gewerbliche Unternehmungen aller Art, sondern weitgehend auch für Vereins-, Vergnügungs- und Sportzwecke, für gemeinnützige und Wohltätigkeitsanstalten herangezogen worden. Fasst man die Gesellschaft mit dem ausgesprochenen Zweck des Erwerbs in das Auge, so ist sie nach zweierlei Richtungen geradezu notwendig gewesen.

In erster Linie ist sie geeignet und angewandt worden für den Betrieb von Unternehmungen, deren Rentabilität sich mit einer gewissen Verlässlichkeit von vornherein nicht beurteilen lässt, für die Versuche, ob sich ein neues Unternehmen, eine neue Erfindung praktisch und gewinnbringend verwerten lässt (Ausnützung von Patenten und Exportgesellschaften), sowohl im Hinblick auf die Möglichkeit, diese Versuche mit kleinem Kapital zu beginnen und die Liquidation im Falle des Fehlschlagens eintreten zu lassen, als auch wegen der Organisation, welche die für derartige neue Unternehmungen notwendige Geheimhaltung (auch des bilanzmässigen Ergebnisses) sichert.

Ein zweites grosses Anwendungsgebiet besteht in der Möglichkeit der Beteiligung eines kapitalkräftigen Kapitalisten mit einem weniger bemittelten aber intelligenten Unternehmer.

Weiter ist die Fortführung eines ererbten Geschäfts durch mehrere Erben, ohne dass jeder derselben das Risiko mit seinem ganzen Vermögen übernimmt, in einfacher und befriedigender Weise durch die Umwandlung in eine Gesellschaft m. b. H. zu ermöglichen (sog. Familiengesellschaften); aus gleichem Grunde der Fortbetrieb eines in Zahlungsstockung geratenen Unternehmens für Rechnung

der Gläubigerschaft. Grosse Bedeutung hat die G. m. b. H. erlangt für den Betrieb von Unternehmungen der „Urproduktion“ und zu rein sozialen Zwecken.[1])

Am 20. April 1912 konnte die G. m. b. H. auf eine 20jährige Vergangenheit zurückblicken. Sie hat der Zahl nach die Aktiengesellschaften und die übrigen Gesellschaften des H. G. B. weit überflügelt. Eigentümlich ist der Gesellschaft schon, dass sie im Gegensatz zu den anderen Gesellschaftsformen sich nicht allmählich im kaufmännischen Verkehr von selbst herausgebildet und durch Gesetze nur eine Festlegung oder Aenderung erfahren hat. Sie ist aus dem Nichts geschaffen worden, sie ist in ihrem ganzen Umfang eine Schöpfung der Juristen.[2])

Bezweckt war von Anfang an eine rechtliche Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als äusserste Consequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktien-Gesellschaft. Tatsächlich aber weist die G. m. b. H. weit mehr die Züge einer kollektivistischen Gesellschaftsform auf. Man würde sie lediglich als eine Abart der Aktien-Gesellschaft[3]) bezeichnen können, wenn nicht durch die statutenmässige Möglichkeit, eine Nachschusspflicht festzusetzen, sowie andere individuelle Verpflichtungen aufzuerlegen, ein individualistisches Moment von grosser Bedeutung dem entgegenstünde.[4])

Durch die Nachschussleistung wird die Gesellschaft der Gewerkschaft angenähert. Hat die Aktien-Gesellschaft ein festes im Gesellschaftsvertrage bestimmtes Grundkapital, das bei Betriebserweiterung nur durch Ausgabe neuer Aktien erhöht werden kann, so wird bei der Gewerkschaft nicht von vorneherein ein bestimmtes Kapital als Betriebsgrundlage

---

[1]) Vgl. in Hand. der Staatswissenschaften 1909 Bd. 4 S. 317: Verbreitung der G. m. b. H.

[2]) Jur. Z. 1912 S. 611.

[3]) Cosack 1910 S. 784.

[4]) Vgl. auch D. Juristentag Bd. 31 S. 317 ff.

festgesetzt, dessen Aufbringung und Erhaltung durch Ausgabe von Kuxen zu erreichen wäre. Eine solche Regelung entspricht nicht den Verhältnissen des Bergbaues. Die Uebernahme von Kuxen schliesst vielmehr die Verpflichtung in sich, Beiträge nach ihrem Verhältnis zu zahlen, sobald die Gewerkschaft Geldmittel braucht. Ueber die Höhe der Beiträge, „Zubussen" genannt, entscheidet jedesmal die Gewerkeversammlung.

Die G. m. b. H. kennt sowohl ein festes Stammkapital (§ 3, 10, 12) als auch eine Art Zubussensystem, die Einrichtung der Nachschussleistungen.

Dem geltenden Recht über die Genossenschaften ist ein freiwilliges Umlageverfahren ausserhalb des Konkurses fremd. Die Möglichkeit, von ihren Mitgliedern Nachschüsse einzufordern, bietet sich den Genossenschaften erst im Konkurs. (Gen. G. § 105). Aber dieser Weg ist den Genossenschaften naturgemäss nicht genehm. Sie müssen diese Möglichkeit mit ihrer Existenz bezahlen, weil die Konkurseröffnung Auflösungsgrund für sie ist. (G. G. § 101). Der tiefgehende Unterschied gegen die Nachschüsse bei der G. m. b. H. ist hier, dass die Nachschusspflicht nur aus Anlass einer Unterbilanz zur Deckung eines Fehlbetrages und nur im Konkurs zur Entstehung gelangen kann. Der Zeitpunkt des Beginns des Umlageverfahrens ist auf den Beginn des Konkurses verlegt. Das obligatorische Nachschuss verfahren bei den Genossenschaften ist ein Teil des Konkursverfahrens.

Bis 1900 hatte die G. m. b. H. einen anderen Vorzug gegen die Aktien-Gesellschaften. Nach § 3 Abs. II können den Gesellschaftern „ausser der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden". Diese Bestimmung, für die Lebensfähigkeit sehr vieler G. m. b. H. ausschlaggebend, liess für diese Gesellschaftsform eine Krise und einen unbefriedigenden Zustand, wie er für manche Aktien-Gesellschaft sich einstellte, nicht aufkommen.

Da die G. m. b. H. auch die sonstigen Vorteile des Aktienrechts in sich schloss, so entzog sie nicht zuletzt wegen der Zulässigkeit solcher Nebenverpflichtungen den Aktien-Gesellschaften den Boden. Erst 1900 bei Neuregelung des H. G. B. wurden die Nebenverpflichtungen auch für Aktien-Gesellschaften zugelassen. (H. G. B. § 212).

In höherem Masse sind die offenen Handelsgesellschaften in ihrer weiteren Ausdehnung durch die G. m. b. H. beeinträchtigt worden und man könnte beinahe versucht sein, die Frage aufzuwerfen, aus welchem Grunde noch heute offene Handelsgesellschaften errichtet werden, nachdem das Gesetz eine Rechtsform geschaffen hat, welche die mit der persönlichen Haftung verbundene Gefahr beseitigt und erfahrungsgemäss den Credit, soweit er auf gesunder Grundlage beruht, nicht beeinträchtigt. Ist doch der für die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages gegebene Spielraum so gross, dass die Organisation der G. m. b. H. sowohl derjenigen der Aktiengesellschaft, als auch derjenigen der offenen Handelsgesellschaft genähert werden kann.

Im Hinblick auf die starke Verbreitung und führende Stellung der G. m. b. H. in allen Erwerbszweigen möge es sich rechtfertigen, zwei ihrer bedeutendsten und interessantesten Erscheinungen — die Nebenleistung und die Nachschussleistung — im allgemeinen und in ihren verschiedenen Ausgestaltungen einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Hier sei noch eine kurze Statistik über die Ausbreitung der Gesellschaft zum Vergleich gegeben:

Es wurden gegründet:[1])

1892	63	Ges.	mit	28,9	Mill.	Kap.
1893	162	„	„	68,7	„	„
1894	254	„	„	112,5	„	„

[1]) Die Zahlen sind entnommen z. T. berechnet aus Par.-Crüg. Teil I § 6 und aus Liefmann.

1908	3101	„	„ 388	Mill. Kap.
1909	3584	„	„ 385	„ „
1910	3872	„	„ 335	„ „
1911	4051	„	„ 400	„ „

	Akt.-Ges.	Ges. m. b. H.
1912 II. Quart.:[1])	52	1020
III. „ [1])	50	952

Es bestanden:

1904 (Oktober) 6570 G. m. b. H. mit 1960 Mill.

1909 (31. Sept.)[2]) 16503 „ „ „ „ „ 3538.5 „

Aktien-Gesellschaften bestanden:

1909 (31. Sept.[2])) 5222 mit 14737,33 Mill. Kap.

Vorbemerkung.

Wenn wir im täglichen Leben von Leistung, Leistungen sprechen, gebrauchen wir diese Ausdrücke in sehr verschiedenem Sinne. Juristisch gibt es zwei prägnante Ausdrücke, die in ihrer stereotypen Kürze einander gegenüber gestellt ihre unterschiedliche Bedeutung klar erkennen lassen. Das Gesetz sagt:

eine Leistung ist unmöglich geworden,
eine Leistung ist unter gegangen.

Halten wir dagegen noch die Wirkungen, die das Gesetz an den einen und anderen Fall knüpft, so ergibt sich die Bedeutung, die der Begriff in dem einen und anderen Falle hat, ohne Schwierigkeit.

Die Unmöglichkeit der Leistung ist Erlöschungsgrund für die Verpflichtung zur Leistung. Hier bedeutet Leistung ein Handeln schlechthin, irgend eine Tätigkeit.

Der Untergang der Leistung beseitigt die Verpflichtung nicht, wenigstens nicht immer. Das Gesetz selbst regelt eingehend die Fälle, wo die Verpflichtung trotzdem

[1]) Vierteljahrshefte der Statistik des Deutsch. Reichs.

[2]) Das Recht. Sammlung von Abhandlungen für Juristen und Laien Bd. 12 die G. m. b. H. S. 78.

weiter besteht und wo sie erlischt. Wir sprechen von Tragung der Gefahr, denken daran, dass die Gefahr den Berechtigten und Verpflichteten treffen kann, was wir wieder nicht entscheiden können ohne jene gesetzlichen Regeln. Danach muss der Verpflichtete, den die Gefahr trifft, noch einmal leisten. Untergegangen ist hier das Produkt seines Handelns, seiner (erfolgten oder zu erfolgenden) Tätigkeit: das Geleistete oder das zu Leistende.

Leistung bedeutet also bald ein Objekt, bald das Leisten, eine Tätigkeit. Welche Bedeutung der Begriff im einzelnen Falle hat, ergibt sich jeweils aus dem Zusammenhang.

I. Hauptteil: Die Nebenleistung.

1. Kapitel: Die juristische Natur der Nebenleistung.

§ 2 A. Kurzer Ueberblick über die verschiedenen Theorien der Nebenleistung bei der Aktien-Gesellschaft alten Rechts.

Bevor wir auf die juristische Natur der Nebenleistung bei der G. m. b. H. eingehen, wollen wir kurz auf die juristische Natur der sogen. Nebenleistung zu sprechen kommen, die bei Aktien-Ges. ausbedungen wurde, die dem alten H. G. B. unterstanden und noch unterstehen, also aller vor 1900 gegründeten Aktien-Ges. Denn soweit deren Statuten nicht nach 1900 abgeändert sind, besonders die Bestimmung der Verpflichtung zu Nebenleistungen mit Rücksicht auf § 212 des neuen H. G. B. nicht neu redigiert worden ist, unterstehen sie in dieser Beziehung auch nach 1900 noch dem alten Recht. Bei dieser Erörterung soll es sich aber weniger darum handeln, nun die juristische Natur, wie wir sie verstehen, darzulegen, als vielmehr nur um eine kurze Darstellung der vielseitigen Versuche anderer.

Das Alpha und Omega der Verpflichtung der Aktionäre nach altem Recht bildet der Art. 219 H. G. B. Er bestimmt: „Die Verpflichtung des Aktionärs zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit beizutragen, wird durch den Nominalbetrag der Aktien begrenzt; bei Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nominalbetrag (Art. 209 a Z. 2. Art. 215a Abs. 2) durch den Betrag, für welchen die Aktie ausgegeben ist."

Offensichtlich nun passten die Nebenleistungen, wie sie bei den sogen. Rübenlieferungs-Aktien-Ges. vorkamen, in diesen Rahmen nicht hinein. Von den verschiedenen Theorien seien im folgenden nur die nahmhaftesten und bedeutendsten angeführt.[1]) Sie lassen sich in 2 grosse Gruppen zusammen fassen, je nachdem man davon ausgeht, dass die Nebenleistung gesellschaftlicher Natur ist oder nicht.

I. Ansichten, welche die statutarische Nebenleistungspflicht kraft ausserhalb des Aktienrechts liegender Rechtsgründe aufrecht erhalten.

1) Die Nebenvertragstheorie des Reichsgerichts.

Als sich dieses mit der Frage der Zulässigkeit der Nebenverpflichtung zu beschäftigen hatte, führte es in zahlreichen Entscheidungen,[2]) die sich in ihren tieferen Gründen zum Teil nicht vollständig decken,[3]) etwa aus: Die Rübenbaupflicht enthalte zwar ein dem Wesen der Aktien-Ges. fremdes Element, das aber in langgewohnter, unangetasteter Uebung sich bei vielen Gesellschaften vorfinde und trotz vielfacher Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über die Natur des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses in der

[1]) Ausführlich von Lippmann in Zeitschr. f. ges. H. Bd. 39 S. 127 ff.

[2]) R. G. Bd. 17 S. 13 ff., Bd. 26 S. 87, Bd. 37 S. 140, Bd. 48 S. 106.

[3]) Wolff in Kohler und Ring's Archiv Bd. 3. S. 328 ff, 319, 331 ff.

Rechtsprechung (der niederen und höchsten Gerichte) stets unangetastet geblieben sei. Nach allen diesen so weit zurückreichenden Vorgängen könnte es nicht mehr zweifelhaft sein, die Rechtsbeständigkeit dieser Bestimmungen und der Gesellschaften theoretischer Bedenken wegen in Frage zu stellen. In längeren Ausführungen begründet es sodann seine Ansicht dahin, dass die Rübenlieferungspflicht als Inhalt eines besonderen zwischen der Gesellschaft und den betreffenden Aktionären als dritten Personen abgeschlossenen Vertrages zu betrachten sei. Dieser Nebenvertrag sei zugleich mit dem Errichtungsakt der Akt.-Ges. durch die Gründer für die zukünftige Gesellschaft mit den betreffenden Gesellschaftern geschlossen.

Man[1]) hat hier mit Recht entgegengehalten, dass nach Art. 211 die Gründer durch Verträge, welche sie vor der Eintragung der Akt.-Ges. schliessen, die letztere nicht verpflichten, sodass von Einlagen und Uebernahme abgesehen, solche Verträge für die Gesellschaft vielmehr erst durch nachträgliche Genehmigung verbindlich werden. (Art. 178 II.)

2) Die Nebenleistungspflicht ist rechtsgültig kraft gewohnheitsrechtlicher Neubildung.

Brunner[2]) hat die Annahme vertreten, dass in dem Bestande der mit Art. 219 unvereinbaren Nebenleistungen geradezu der Ausdruck eines gemeinen Gewohnheitsrechtes zu erblicken sei, dass also entgegen dem geltenden Aktienrecht, welches in Art. 219 den Grundsatz der auf die Kapitaleinlage beschränkten Haftung und Leistung des Aktionärs aufstellte, in gleichmässiger, langjähriger Uebung unter Duldung des Staats und Billigung der Gerichte und bei einheitlicher Rechtsüberzeugung der Beteiligten ausser den im Aktienrecht fixierten Pflichten auf dem Wege der Ge-

[1]) Siehe Anm. 3 S. 8.

[2]) in Gierke Entw. eines B. G. B. und das deutsche Recht 1889 S. 126.

wohnheit neue, andersartige Leistungen rechtswirksam auferlegt seien.

3) Die sogen. Zwei-Gesellschaftstheorie (vom Kläger vor dem R. G. vertreten[1]) konstruierte neben der eigentlichen Aktien-Ges. mit absolut beschränkter Haftung und Einlagepflicht eine zweite Gesellschaft, die zugleich in innigem Zusammenhang mit der Aktien-Ges. geschlossen werde. Die Beitragspflicht der Mitglieder dieser Gesellschaft erschöpfe sich in den Nebenleistungen der Aktionäre.

II. Die in den Statuten der Akt.-Ges. aufgenommene Pflicht zu Nebenleistungen ist eine gesellschaftliche Verpflichtung.

1) Abweichend von der oben (S. 8) ausgeführten Ansicht des R. G. erkennt es in anderen Entscheidungen[2]) an, dass jene Konstruktion sich nicht ausnahmslos durchführen lasse. Ausschlaggebend für die Konstruktion seien in erster Linie die betreffenden Bestimmungen des Statutes. Die Möglichkeit einer Scheidung zwischen aktiengesellschaftlichen Verhältnissen und besonderen Verträgen, welche die sich hierzu Verpflichtenden nicht als Aktionäre geschlossen hätten, sei z. B. ausgeschlossen, wenn das Statut die sog. Rüben-Aktionäre mit ihrer Anwartschaft auf Vergütung für die Rüben lediglich auf den Geschäftsgewinn des Aktien-Unternehmens verweise, diese also hinsichtlich des Preises für die Rüben mehr oder weniger der finanziellen Lage der Gesellschaft unterworfen sei, ein bestimmter oder objektiv bestimmbarer Preis nicht ausgemacht sei.

Hier verstossen die Bestimmungen gegen Art. 219 und seien ungültig. Ob dann noch die betr. Akt.-Ges. von

[1]) die Aktien-Zuckerfabriken vor dem R. G. in Z. f. ges. H. R. Bd. 32 S. 19 ff.

[2]) R. G. Bd. 19 S. 108; Bd. 21 S. 148; Bd. 26 S. 85.

rechtswirksamen Bestand sind, ist eine andere hier nicht interessierende Frage.

2. a) Nach Gierke[1]) handelt Art. 219 nur von den kapitalistischen Beitragsleistungen und dieser Begriff ist ein engerer als der Begriff der vermögensrechtlichen Leistungen. Demnach normiert Art. 219 nicht das Prinzip der auf die Kapitaleinlage beschränkten Leistung der Aktionäre, sondern bestimmt vielmehr nur, dass der Nennbetrag bezw. der Ausgabebetrag der Aktie die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen begrenze, hinsichtlich der Auferlegung andersartiger gesellschaftlicher Leistungen aber keine Beschränkungen treffe. Die Nebenleistungen beständen also zu Recht.

b) Da Art. 219 nur von der Verpflichtung zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten beizutragen spricht, so sind — wie Lippmann[2]) annimmt — nur gesellschaftliche Verpflichtungen zu solchen Beiträgen begrenzt, die sowohl den Zwecken der Gesellschaft als auch der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten dienen. Danach sind unbegrenzt zulässig Verpflichtungen, deren Erfüllung weder das Vermögen der Gesellschaft vermehrt noch ihr Aufwendungen oder Verluste erspart. Denn Handlungen und Unterlassungen, die nicht dem Vermögen der Gesellschaft Vorteil bringen, können nicht zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten beitragen.

Die Rübenleistungen dienen aber — wie er annimmt — nur den Zwecken der Gesellschaft, zur Schuldentilgung sind sie untauglich.

3) Die Konstruktion Cosack's[3]) geht dahin, dass das Gesetz den Aktionären verbiete, andere Leistungen als Ein-

[1]) Genossenschaftstheorie S. 271, 918.

[2]) Rübenlieferungspflicht der Aktionäre in Z. f. ges. H.-R. Bd. 39. S. 187 ff.

[3]) Cosack III. Aufl. 1895 S. 644.

lagen auf das Grundkapital zu verlangen. Auch in den Nebenleistungen sah er Einlagen auf das Grundkapital. Da diesen Einlagen aber das Recht auf Entgelt gegenüberstehe, so heben sich diese beiden auf.

„Indem bei Gründung des Vereins der Wert auf die Rübenlieferungen und Rübenzahlung als gleich angesetzt wird, verschwinden beide zahlenmässig."

Diese Konstruktion wurde allseits abgelehnt (vgl. R. G. Bd. 21. S. 154) und Cosack selbst hat sie bald aufgegeben.

§ 3. B. Die Voraussetzungen der Nebenleistungen bei der Gesellschaft mit beschr. Haftung.

1) Jede Leistung, deren Rechtswirkungen auch für die Zukunft bestehen bleiben sollen, erheischt einen rechtlichen Untergrund, sonst kann die Leistung als eines rechtlichen Grundes ermangelnd, also quod sine causa, zurückgefordert werden. Als genügende Unterlage dient jedwede Verpflichtung, die nach heutigen Rechtsgrundsätzen prinzipiell formlos eingegangen werden kann, durchbrochen allerdings in vielen sehr wichtigen Ausnahmsfällen.

Die Verpflichtung zur Nebenleistung muss im Gesellschaftsvertrag aufgenommen sein. (§ 3 Abs. II.)

Während noch der Reg.-Entw.[1]) zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages „als der dauernden auch Dritten erkennbar zu machenden Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses" die Schriftform für ausreichend hielt, setzte die Kommission[2]) an deren Stelle die gerichtliche und notarielle Form, die auch ins Gesetz übernommen wurde. (§ 2.)

Ob die Gerichte oder die Notare zuständig sind, darüber entscheiden die Landesgesetze (Art. 141 E. G. z. B.

[1]) Mot. I S. 3 und 38.
[2]) Komm.-Ber. S. 3, 4.

G. B.) In Elsass-Lothringen sind hierfür nur die Notare bestimmt. (A. G. z. F. G. B. § 44.)

Die gerichtliche oder notarielle Form ist identisch mit der gerichtlich oder notariellen Beurkundung des § 128 B. G. B., d. h. es genügt nicht die gerichtlich oder notarielle Beglaubigung[1]) der Unterschriften, selbst wenn Eintrag der Gesellschaft und ihrer Firma ins Handelsregister erfolgt. Der Gesamtinhalt des Vertrages muss zum Gegenstand der Beurkundung gemacht sein. Für die Beurkundung selbst kommt in Betracht das Gesetz für freiw. Ger. § 167 ff. Da es sich um Beurkundung eines Vertrages handelt, muss auch die Annahme in derselben Form beurkundet werden. (R. G. Bd. 57. S. 60). Nach § 128 B. G. B. genügt es, wenn zuerst der Antrag und dann die Annahme beurkundet wird.

Die Beitrittserklärung zur Gründung einer G. m. b. H. oder bei der Kapitalserhöhung kann wegen Betrugs, Irrtums etc. nicht angefochten[2]) werden. Denn die im Vertrag abgegebene Erklärung eines Gesellschafters, auf Grund des Statutes und des Gesetzes Miteinleger des Stammkapitals sein zu wollen, hat nicht bloss interne Bedeutung unter den Gesellschaftern, sondern ist vielmehr dazu bestimmt, nach aussen in einem nicht begrenzten und nicht bekannten Personenkreis zu wirken.[3]) Für eine solche Beteiligungserklärung, die vom sonstigen Inhalt des Rechtsgeschäftes losgelöst erscheint und zur offensichtlichen Kenntnisnahme bestimmt ist, können die Vorschriften über die Anfechtung nur in äusserst beschränkten Grenzen Anwendung finden. (vgl. R. G. Bd. 9. S. 38.)

Die Anfechtung der Uebernahme der Nebenleistungen wegen Betrugs, Irrtums, etc. ist dagegen insoweit ohne weiteres zulässig, als sie nicht eine Beeinträch-

[1]) R. G. Bd. 54. S. 148.

[2]) R. G. Bd. 68 S. 309 J. W. 1909 S. 433. Recht 1910 Nr. 2471.

[3]) J. W. 1899 S. 306, 1904 S. 564, R. G. Ver. Z. S. Bd. 57 S. 297 Bd. 68, S. 309.

tigung der Stammeinlagen zur Folge hat. Ausgeschlossen ist sie also überall da, wo eine untrennbare Verknüpfung der Nebenleistungspflicht mit der Stammeinlagepflicht vorliegt. Wenn z. B. die Pflicht allen Gesellschaftern obliegt und einen wesentlichen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bildet, weil die Nebenleistungen Existenzbedingungen für den Gesellschaftsbetrieb sind.[1])

Die Verpflichtung zu Nebenleistungen kann im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag aufgenommen sein. sie kann durch Abänderung in den Gesellschaftsvertrag nachher neu aufgenommen werden.[2]) Für diesen Fall wird das Erfordernis der $^3/_4$ Majorität der abgegebenen. dieser Statutenänderung zustimmenden Stimmen dahin erweitert. dass jeder Nebenleistungspflichtige ausdrücklich seiner Mehrbelastung zustimmen muss. Somit ist jeder dagegen geschützt, dass ihm mehr aufgebürdet wird. als er selbst tragen will. Stimmt ein Gesellschafter nicht zu. so gilt ihm gegenüber der Beschluss nicht. (R. G. Bd. 48 S. 107). Der Gesellschafter ist demnach zu den Nebenleistungen nicht verpflichtet. Auch der Abänderungsbeschluss muss gerichtlich oder notariell beurkundet sein.

Bei Erhöhung des Stammkapitals kann mit der Uebernahme eines neuen Geschäftsanteils eine Leistungspflicht für den Uebernehmenden begründet werden. (§ 55 II.) Aus § 3 Abs. II folgt, dass der Kapitalserhöhungsbeschluss (Form § 53) diese Verpflichtungen schon enthalten muss. Denn wenn dies für den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag erfordert ist, wenn bei der Gründung solche Verpflichtungen übernommen werden, so muss auch der abgeänderte Gesellschaftsvertrag sie bei ihrer Neueinführung

[1]) z. B. alle Gesellschafter einer Kartoffelstärkefabrik G. m. b. H. sind zu Kartoffellieferungen verpflichtet vgl. O. L. E. Bd. 22 S. 12.

Staub § 3 A. 25 erwähnt den Fall, wo als Nebenleistung ein Agio versprochen ist, das, wenn auch nicht Stammeinlage, doch einen Teil der ganzen Einlage bildet.

[2]) § 53 III.

enthalten. Dazu muss die Uebernahmeerklärung gerichtlich oder notariell beurkundet sein. Wird ein neuer Geschäftsanteil von einem anderen als einem Gesellschafter übernommen, so sind ausserdem die sonstigen Leistungen in der Uebernahmeerklärung ersichtlich zu machen. Rechtlich von Wirkung — nach aussen und innen (R. G. Bd. 24 S. 58) — ist aber die Uebernahme und Vermehrung der Leistungen nur, wenn die Abänderung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen ist (§ 54 III), was vor allem für den Fall der Konkurseröffnung von Bedeutung sein kann.

2) Die Nebenleistung kann nur Gesellschaftern auferlegt werden.

Gesellschafter ist: wer sich im Gesellschaftsvertrag rechtsgültig als Gesellschafter verpflichtet und einen Geschäftsanteil übernommen hat. Bei Errichtung der Gesellschaft gibt es so viele Gesellschafter als Stammeinlagen. (§ 5 II.) Die Gesellschaftszugehörigkeit kann nie vollkommenes Geheimnis der Beteiligten bleiben. Denn bei der Anmeldung müssen die Anmeldenden eine Liste der Gesellschafter mit deren Namen etc. einreichen. (§ 8 I.) Gesellschafter wird man durch Erwerb und Ererbung eines Geschäftsanteils (§ 15) oder eines Teiles von solchen (§ 17). Im Gegensatz zu § 38 und 40 B. G. B., wo die Mitgliedschaft nicht vererblich ist, wenn nicht die Satzung es gerade bestimmt, gilt für die G. m. b. H., dass die Gesellschaftszugehörigkeit vererblich ist, wenn nicht die Satzung dies ausschliesst (Mot. I S. 14, 15). Nach einer praesumptio juris et de jure gilt gegenüber der Gesellschaft im Falle einer Veräusserung des Anteiles — eines ganzen oder eines Teiles — derjenige als Gesellschafter, dessen Erwerb unter Nachweis des Ueberganges bei der Gesellschaft angemeldet ist. (§ 16 I.) Dies will besagen, dass jede Entäusserung und jeder Erwerb der Mitgliedschaft gegenüber der Gesellschaft erst wirksam wird, wenn der Erwerb

unter Nachweis des Ueberganges des Gesellschaftsanteiles bei der Gesellschaft angemeldet ist. Die bei der Gesellschaft Angemeldeten gelten also auch als Gesellschafter, selbst wenn sie es nicht sind. Sie nur sind berechtigt, sie nur verpflichtet. Daraus folgt notwendigerweise, dass etwaige unangemeldete Zwischenmitglieder nicht als Gesellschafter anzusehen sind. Damit dass der Uebergang der Rechte und Pflichten auf den Erwerber von der Anmeldung abhängig gemacht wird, bezweckt der Gesetzgeber Unsicherheiten und Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich aus einer Unkenntnis über die Anteilsinhaber ergeben müssten.

Aber auch dann, wenn diesen Erfordernissen Genüge getan, hat ein Wechsel der Mitgliedschaft nicht stattgefunden, (§ 399, 413 B. G. B.), wenn die zur Uebertragung des Geschäftsanteiles erforderliche Genehmigung der Gesellschaft nicht vorliegt. (§ 15 V.) Im Gegensatz zu § 212 H. G. B.[1]) ist nicht gesetzliche Voraussetzung für eine wirksame Uebertragung eines solchen Geschäftsanteiles, dass die Genehmigung der Gesellschaft erteilt wird. Sie ist nur nötig, wenn die Gesellschaft das Genehmigungserfordernis eingeführt hat. Die Abtretung selbst (nicht nur die obligatorische Verpflichtung hierzu, (§ 15 VI) bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form. (§ 15 III.)

Erfolgt die Veräusserung durch die Gesellschaft selbst, so bedarf es natürlich einer Anmeldung nicht. Der massgebende Zeitpunkt ist hier der Zuschlag.

Weil die Mitgliedschaft vererblich und veräusserlich ist, kann sie jemand mehrfach besitzen, (allerdings nicht bei Errichtung der Gesellschaft (§ 5 II). Sie vermag auch Gegenstand eines gemeinschaftlichen Eigentums zu sein.[2])

---

[1]) Oesterr. Ges. § 8 II verlangt die Genehmigung der Gesellschaft.

[2]) Mitgliedschaft zu einem Bruchteil wie bei der Gewerkschaft, weil Eigentum am Cux möglich, kann es hier nicht geben, weil begrifflich kein Eigentum am Geschäftsanteil möglich ist.

Mit dem Ende der Gesellschaft hört auch die Mitgliedschaft, die Zugehörigkeit zu einer solchen auf. Die bisherigen Gesellschafter verlieren dadurch ihre Eigenschaft als Gesellschafter, es gibt keine Gesellschafter mehr.

3) Die Pflicht zu Nebenleistungen besteht gegenüber der Gesellschaft.

Nur die Gesellschaft hat das Recht, die Nebenleistungen zu verlangen, nur an sie werden sie gültig erfüllt. Sie wird vertreten durch ihre Organe In einem Falle,[1]) wo die Abtretung des Anteils auf Beschluss der Gesellschafter hin erfolgen sollte, meinte zwar das Landgericht, dass es sich hier um eine Verpflichtung gegenüber den Gesellschaftern handle, weil eben für die Durchführung der Abtretung der Gesellschafterbeschluss massgebend sei. Es verkennt aber hierbei, dass nicht bloss die Geschäftsführer, sondern auch die Gesellschafter ein Organ der Gesellschaft sind, was sich aus § 45 ff zweifelsfrei ergibt.

Ob die G. m. b. H. juristische Persönlichkeit besitzt, liessen die Motive (S. 46) ausdrücklich dahingestellt. Denn die Bestimmung, dass sie selbst als solche Rechte und Pflichten habe, solle nicht zugleich die Frage entscheiden, ob die Gesellschaft juristische Person sei oder nicht. Man wolle dies, weil wesentlich theoretischer Natur, der Wissenschaft überlassen. Und diese hat sich allgemein[2]) für die Rechtspersönlichkeit entschieden, weil unter einer Gesellschaft, die als solche Rechte und Pflichten hat, eine juristische Person verstanden werde, weil dies die Merkmale sind, die das Wesen einer juristischen Person ausmachen .Damit ist auch für die G. m. b. H. entschieden (vgl. R. G. Bd. 57 S. 95), was für die Aktien-Ges. ebenfalls übereinstimmend angenommen wird, wo sich in § 210 H. G. B. dieselbe Bestimmung wörtlich wieder findet.

[1]) Frw. G. B. Bd. 10, S. 133.

[2]) A. A. Meurer: die juristischen Personen nach Reichsrecht 1901.

Die Gesellschaft muss gültig bestehen. Sie besteht als solche erst, wenn sie ins Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen ist. Der Eintrag ins Register heilt aber die Nichtigkeit einer Gesellschaft nicht, wenn schon der konstituierende Vertrag nicht dem § 2 entspricht.[1]) Sie besteht solange zu Recht, als sie nicht für nichtig erklärt ist oder das Auflösungsstadium beendigt ist.[2]) Denn die Auflösung der Gesellschaft, die aus verschiedenen Gründen erfolgen kann (§ 60 ff), hat nicht zugleich das Aufhören der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft zur Folge. Die Gesellschaft besteht weiter, „sie führt ein Nachleben",[3]) ja die Gesellschafter können noch wechseln. Auflösung bedeutet hier also nicht plötzliches Ende,[4]) die Gesellschaft tritt nur in ein neues Stadium ein, das Auflösungs-Liquidationsstadium, das sich gegen das frühere vor allem durch seinen Zweck unterscheidet. „Die Auflösung ist noch ein Stück ihrer Existenz".[5]) Erst mit der Vollendung hat die Gesellschaft zu bestehen aufgehört, der Moment der Vollendung ist erst ihre Todesstunde.

Die Wirkungen der Nichtigkeit sind nicht dieselben wie im Zivilrecht. Eine für nichtig erklärte G. m. b. H. besteht bis zur Eintragung der Nichtigkeit, doch zu Unrecht.[6]) Dass sie als solche eingetragen ist, bewirkt, dass sie sich nach aussen als solche betätigen kann. Die Gesellschafter haben einer solchen Gesellschaft die übernommenen Leistungen zu erbringen. Erst von der Eintragung der Nichtigkeit an sind sie hierzu nur soweit verpflichtet, als dies zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft erforderlich ist. Hier wird die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft über ihr Bestehen hinaus aufrecht erhalten.

[1]) R. G. Bd. 54. S. 420; R. G. in Recht 1911 No. 2988.
[2]) Recht 1910 No. 1162.
[3]) Vgl. Gierke, S. 892 ff.
[4]) Par-Crüg. § 60.
[5]) Staub § 60 A. I
[6]) Staub § 75 A. 14.

§ 4. C. Die juristische Natur der Nebenleistung, ihr Wesen und wichtige sich daraus ergebende Folgerungen.

Wir haben gesehen, dass die verschiedenen Theorien über die Konstruktion der Nebenleistung bei der alten Aktiengesellschaft sich auf die Kardinalfrage konzentrierten, sind es Gesellschafterleistungen oder nicht, eine Frage, mit deren Beantwortung z. Teil auch über die Rechtsgültigkeit der Nebenleistung entschieden ward. Als Angelpunkt kam für alle Konstruktionen in Betracht, dass die Nebenleistung besondere Regelung im Gesetz nicht gefunden hatte. Bei Konstruktion der Nebenleistung der G. m. b. H. haben wir davon auszugehen, dass ihre Zulässigkeit durch das Gesetz ausdrücklich hervorgehoben ist, dass im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ihrer Erwähnung getan sein muss. Wir müssen also von anderen Voraussetzungen, von einer anderen Grundlage ausgehen.

Zwischen der G. m. b. H. als selbständigem Rechtssubjekt und ihren Mitgliedern können Rechtsbeziehungen bestehen, deren Begründung gerade so gut auch zwischen ihr und beliebigen dritten Personen, die zur Gesellschaft in keinerlei Rechtsverhältnis stehen, möglich ist. Der einzelne Gesellschafter steht dann der Gesellschaft nicht gegenüber als Mitglied dieser übergeordneten Korporation, sondern als unbeteiligter Dritter einem nur gleichberechtigten Kontrahenten. Es sind dies „Verträge" allgemeiner Natur, wie sie tagtäglich abgeschlossen werden: die nichtgesellschaftlichen Rechtsverhältnisse Andererseits kann es zwischen einer Gesellschaft und ihren Mitgliedern, — die deren Substrat sind — Rechtsbeziehungen geben, die nur unter diesen möglich sind; dies sind die gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen im eigentlichen Sinn. Die Mitgliedschaft privilegiert zur Rechtsbeziehung, ihr Verlust absorbiert die Möglichkeit hierzu.[1])

[1]) daher war das R. G. Bd. 37 S. 141 nur konsequent, wenn es auf Grund der Nebenvertragstheorie mit dem Verlust der Aktionärseigenschaft die Verpflichtungen nicht hinfällig werden ließ.

Das Statut ist gewissermassen das Band, das alle Gesellschafter zu einem organisch zusammengefügten Wesen vereinigt. Wenn ihnen Rechte und Pflichten zukommen, weil und insofern sie sich innerhalb der Macht- und Einflusssphäre dieses Wesens, die durch Statut und Gesetz begrenzt wird, sich befinden, so sind das lediglich gesellschaftliche Beziehungen, die die Individualrechtssphäre des Einzelnen unberührt lassen. Ausserhalb des Statutes und des Gesetzes kann es also Gesellschaftsverhältnisse nicht geben. Dem widerspricht auch nicht, dass im Statut die Verhältnisse nur in complexu begründet und geregelt werden, daneben aber speziellere und eingehendere Verabredungen und Bestimmungen der gesellschaftlichen Beziehungen rechtswirksam bestehen. Die rein formale Aufnahme ins Statut kann aber für die Natur der einzelnen Verpflichtung nicht ausschlaggebend sein. Entscheidend ist vielmehr die Tatsache, dass die Leistungen mit dem Gesellschaftsverhältnis verquickt sind.[1]) Liegen aber die in § 3 II erwähnten Voraussetzungen bei einer Leistung vor, so werden wir es regelmässig mit einer Nebenleistung im Sinne des Gesetzes zu tun haben, die in ihren rechtlichen Beziehungen dann dem Gesellschaftsrecht unterliegt.[2]) Es bildet dann das Nebenleistungsverhältnis mit dem Mitgliedschaftsverhältnis zusammen juristisch ein einheitliches Verhältniss gesellschaftlicher Natur. Das ergibt sich zudem ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes und ist nach den Motiven die Meinung des Gesetzgebers gewesen.

Der tiefgehende Unterschied zwischen der Nebenleistung der G. m. b. H. und der bei der alten Aktien-Ges. besteht also darin, dass erstere als gesellschaftliche Verpflichtung im Statut und kraft Statutes begründet werden kann, daß

[1]) Hieraus erklären sich auch die „anscheinend" widersprechenden Entscheidungen, wo bald eine Verpflichtung nach § 3 II als gesellschaftliche anerkannt wird, bald nicht, dazu R. G. in J. W. 1903 S. 188, Hold. Mon. 1903 S. 216 und Bd. 12, S. 139.

[2]) Vgl. Gierke S. 272—275; R. G. in Recht 1910 Nr. 2903.

sie der Gesellschafter als solcher zugleich mit der Kapitaleinlage und ebenso wie diese übernimmt, während bei der letzteren nur eine vertragsmässige und jedenfalls ausserstatutarische Uebernahme in Frage kam.

Gestattet das Gesetz, Nebenleistungen als gesellschaftliche Verpflichtungen aufzuerlegen, so ist damit aber keineswegs gesagt, dass Leistungen durch Gesellschafter nun nurmehr in dieser Art (statutarisch und als gesellschaftliche Leistung) begründet werden dürfen. Es ist selbstverständlich zulässig, dass die Gesellschaft sowohl mit ihren Mitgliedern als auch Dritten ausserhalb des gesellschaftlichen Verhältnisses Verträge jeder Art (ohne Beachtung des § 3 II) schliessen kann; insbesondere also auch ausserhalb des Statutes. Entsprechend ihrer andersartigen juristischen Natur kann man sie, wenn mit Gesellschaftern geschlossen, mit Recht „Nebenverträge“ nennen.

Im offenen Widerspruch mit dem Bisherigen scheint zu stehen, dass die Verpflichtung zu Nebenleistungen auch dann noch für gewesene Gesellschafter bestehen kann, nachdem sie durch Uebertragung ihres Anteiles aus der Gesellschaft ausgeschieden sind. Diese gewollte Verlängerung muss zunächst aus der Art der Nebenleistung oder aus dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag zu entnehmen sein. Ist z. B. Gegenstand der Nebenleistung die Nichtpreisgabe von Betriebsgeheimnissen, so ist der Gesellschaft mit der Erfüllung während der Gesellschaftszugehörigkeit wenig gedient. Mit dieser praktischen Notwendigkeit ist aber ihre Natur nicht erklärt. U. E. kann aber an der gesellschaftlichen Natur keinerlei Bedenken aufsteigen. Die Nachfolge in einen Geschäftsanteil bedeutet stets den Eintritt eines neuen Gesellschafters, auf den Rechte und Pflichten übergehen, nicht aber zugleich den völligen Abbruch der Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Austretenden. Denn die Veräusserung soll im Bedürfnisfall den Gesellschaftern die Realisierung ihrer Anteilsrechte ermöglichen, den Cha-

rakter der Mitgliedschaft aber als eines der Regel nach dauernden Verhältnisses nicht völlig beseitigen. Ist dies hinsichtlich der Stammeinlagen als der für die Grundlage der Gesellschaft wesentlichen Verpflichtung gesetzlich bestimmt (§ 21 ff), dass ein gewesener Gesellschafter sie evtl. noch zu leisten hat, so kann dies für die Nebenleistung als einer nur ausserordentlichen Verpflichtung zwischen den Beteiligten ausgemacht werden und gewollt sein. In beiden Fällen haben wir es äusserlich betrachtet mit einer Ausnahme von der gesellschaftlichen Natur der Leistung (Haupt- und Nebenleistung) zu tun. In Wirklichkeit ist dies aber nur eine Konsequenz des genossenschaftlichen Prinzips.[1])

Sind demnach die Nebenleistungen gesellschaftliche Leistungen und können sie nur Gesellschaftern auferlegt werden, so ist damit noch keineswegs entschieden, ob sie nun — falls sie sich bei einer Gesellschaft vorfinden — allen Gesellschaftern obliegen müssen, oder ob es zulässig ist, sie nur einzelnen Gesellschaftern aufzuerlegen. Das Gesetz sagt an der betreffenden Stelle (§ 3 II) nur, sie kann den Gesellschaftern auferlegt werden, gibt also hier keinen Aufschluss über die Frage.

Allein lediglich aus der Natur der Nebenleistung als einer vom Gesetz den Gesellschaftern nicht notwendig obliegenden Leistung läst sich erklären, dass sie nicht zugleich allen Gesellschaftern obliegen muss. Auch bestimmt § 53 III, dass bei Erhöhung der Leistungen die davon betroffenen Gesellschafter zustimmen müssen. Kann die Nebenleistung daher auch einzelnen Gesellschaftern auferlegt werden, so folgt daraus wiederum, dass — sind mehrere Gesellschafter dazu verpflichtet — die Nebenleistung sowohl verschiedenartig sein als auch einen verschiedenen Umfang für die einzelnen Gesellschafter haben kann. Zu ihrem Begriff gehört also nicht Gleichartigkeit noch Gleichmässigkeit.

[1]) Gierke S. 273 vgl. auch Mot. I S. 30.

Daraus dass die Nebenleistungen als Mitgliedschaftsleistungen dem Gesellschaftsrecht unterliegen, folgt zunächst, dass, da weder das Gesellschaftsverhältnis (R. G. Bd. 45 S. 101) noch das Nebenleistungsverhältnis ein Vertragsverhältnis ist, eine direkte oder analoge Anwendung der meisten Vorschriften des B. G. B. über Verträge ausgeschlossen ist. Subsidiäre Anwendung können nur die Bestimmungen über die Schuldverhältnisse finden.[1]) Weiter folgt, dass die Leistungen der Gesellschaft gegenüber mit der Gesellschaftereigenschaft verbunden sind, mit anderen Worten, sie belasten den Geschäftsanteil. Dieser ist ja der Inbegriff der Beteiligung eines Gesellschafters am Unternehmen (Mot. 1 S. 47), seiner Rechte und Pflichten, inkorporiert seine Zugehörigkeit zur Gesellschaft. Sie sind also ein Bestandteil desselben. Denn soll die Verpflichtung eine Mitgliedschaftsleistung auslösen, so kann sie nur an den Geschäftsanteil,[2]) nicht an die Person des einzelnen Gesellschafters gebunden werden.

Da die Geschäftsanteile übertragbar, die Mitgliedschaft abwälzbar und vererblich, so folgt aus dem Wesen der Leistungspflicht, dass sie mit dem Geschäftsanteil auf den neuen Erwerber übergeht, mag dieser sie gekannt haben oder nicht. Im Gesetz ist dies nicht ausdrücklich erwähnt. Ein Beweis für die Richtigkeit unserer Konstruktion bietet § 16 III. Danach bleibt bis zur Anmeldung der Veräusserer der Gesellschaft gegenüber Gesellschafter mit allen seinen Pflichten. Wird der Erwerber ordnungsgemäss angemeldet, so ist er nunmehr Gesellschafter und haftet für die rückständigen Leistungen. Damit soll aber nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass bezüglich aller sonstigen Leistungen eine Aenderung nicht eintritt. Vielmehr ist daraus, dass der Erwerber von der Anmeldung an als Gesellschafter gilt, zu folgern, dass für alle nichtrückständigen Leistungen

[1]) vgl. Staub § 2 A. 30, § 3 A. 33

[2]) Für die Aktien-Ges. wiederholt vom R. G. ausgesprochen Bd. 21 S. 155; Bd. 26 S. 88.

der Erwerber allein haftet (Mot. I S. 51). Dies ist zweifellos das gesetzliche Prinzip. [1])

Von den Kapitaleinlagen der Gesellschafter unterscheiden sich die Nebenleistungen durch ein sehr wesentliches Moment.

Die Stammeinlagen sind eine notwendige Voraussetzung der Gesellschaft, sie sind ein Essentiale des Gesellschaftsvertrages. Die Nebenleistungen können bei der Gesellschaft vorkommen, sie sind ein Accidentale des Vertrages. Ein Gesellschaftsvertrag, in dem den Gesellschaftern lediglich Nebenleistungen auferlegt werden, würde ungültig sein. Der Registerrichter müsste den Eintrag ablehnen.

Die Verpflichtung zur Kapitaleinlage muss den Gesellschaftern und zwar allen obliegen. (§ 5 I). Die Nebenleistungen sind nur daneben, nicht aber an Stelle der Kapital- oder Stammeinlage zulässig. Die Gesellschafter brauchen sie nicht zu übernehmen. Sie sind nicht obligatorische Mitgliedschaftsleistungen, sondern „können" den Mitgliedern, auch einzelnen, auferlegt werden, von deren freien Willen eine dahingehende Statutenbestimmung abhängt. Hiermit steht die G. m. b. H. im Gegensatz zu der offenen Handelsgesellschaft, wo an sich die Uebernahme zu Leistungen, wie Dienstleistung oder die Tätigkeit als Geschäftsführer, ohne Kapitalsbeteiligung ein Gesellschaftsverhältnis zur Entstehung bringen kann.

Die Nebenleistungen sind auch keine Einlagen auf die Stammeinlage, denn sie werden nur geleistet ausser, neben der Kapital-Stammeinlage. Also das Gesetz selbst stellt sie in offensichtlichen Gegensatz zur Kapitaleinlage. Besteht daher die Nebenleistung in der Uebereignung von Vermögensgegenständen an die Gesellschaft gegen Vergütung, so wird diese auf die Stammeinlage nicht angerechnet. Dadurch unterscheiden sie sich von den Sacheln-

[1]) Jur. Z. 1899 S. 441.

lagen, die strengen Vorschriften unterworfen sind. (§ 5 Abs. 3.)

Die Höhe des Stammkapitals, das sich aus den Stammeinlagen zusammensetzt (§ 5 II S. 3), ist ins Handelsregister einzutragen (§ 10). Nicht eingetragen noch veröffentlicht werden die Nebenleistungen.

Trotzdem die Nebenleistungen in das Vermögen der Gesellschaft übergehen sollen, können sie nicht als „Einlagen" im technischen Sinn angesehen werden. Vermeidet doch das Gesetz offensichtlich sie als solche zu bezeichnen. Dies hat praktisch zur Folge, dass das Recht auf Beanspruchung der Nebenleistungen als solches nicht in die Bilanz aufgenommen werden kann. Wohl aber muss natürlich nach den Bestimmungen des § 42 die einzelne in das Gesellschaftsvermögen übergegangene Leistung (die Erfüllungsfolgen) ebenso wie das für sie gezahlte Entgelt im jeweiligen Bilanzjahr als Faktor der Gesamtrechnung mitaufgeführt sein. Die sich entsprechenden Posten im Aktivum und Passivum stehen aber in keinem gesellschaftsrechtlichen konnexen Zusammenhang.[1]) Keineswegs aber wird durch die Gewährung von Entgelt die Nebenleistung des Charakters als Gesellschaftsleistung entkleidet und zur blossen Austauschleistung gestempelt. Denn es besteht keine Notwendigkeit eine Nebenleistung entsprechend zu vergüten, ja auf die Verpflichtung zur Leistung ist es selbst ohne jeden Einfluss, wenn im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen ist, dass überhaupt keine besondere Vergütung gewährt wird[2]) Aus freien Stücken von den einzelnen Gesellschaftern übernommen, sind die Nebenleistungen besondere gesellschaftliche Beiträge, die allerdings ebenso wie die Kapitaleinlagen in das Vermögen der Gesellschaft überzugehen bestimmt sind und infolgedessen die Möglichkeit bieten, im Falle einer Auflösung bei Verteilung des

[1]) Staub § 26 A 2

[2]) vgl. R. G. Bd. 21 S. 155; Bd. 26 S. 88.

Vermögens mitberücksichtigt zu werden. Zu unterscheiden sind sie als solche wiederum von den Leistungen, die das Gesetz den einzelnen Mitgliedern für den Fall auferlegt, dass sie die prinzipalen Gesellschaftspflichten nicht oder nicht gehörig erfüllen (Schadensersatz, Vertragsstrafe, Zinsen): diese sind auch Nebenleistungen, ihre rechtliche Natur aber ist die von sekundären Leistungen, sie sind im Verhältnis zur eigentlichen Leistung recht zurücktretende Surrogate und verdanken lediglich gesetzlichen Ausnahmebestimmungen ihr Dasein.

Die Nebenleistungen unterscheiden sich auch von den (später noch zu behandelnden) Nachschüssen. Zwar fasst das Gesetz die Neben- und Nachschussleistungen unter den Oberbegriff „Leistungen" zusammen. Doch nur, nachdem es die Nebenleistung in § 3 II und eingehender noch die Nachschussleistung in den § § 26—28 geregelt hat. Also schon ein rein äusseres Moment weist auf den Wesensunterschied deutlich hin. Aber auch die Regelung ist eine völlig verschiedene.

Welches im einzelnen die Unterschiede sind, ergibt sich aus einem Vergleich mit dem zweiten Teil dieser Arbeit.

2. Kapitel.

§ 5. Inhalt der Nebenleistung.

Bei Erörterung der Nebenleistung spricht das Gesetz in § 3 II nur von „anderen Verpflichtungen ausser der Leistung von Kapitaleinlagen". Es ist dies die einzige Gesetzesstelle, wo ausdrücklich nur von ihnen gehandelt ist. Der sich im Gesetz wiederholt findende Begriff Leistung umfasst zwar auch die Nebenleistung, aber nicht nur diese. Daher kann nur § 3 II zum Ausgangspunkt unter Betrachtung genommen werden.

Sicher ist, dass unter Kapitaleinlagen nicht lediglich Geldleistungen gemeint sein können. Denn die Stammeinlage kann auch Sacheinlage sein. (§ 5 IV.) Man kann nun die „anderen Verpflichtungen" dahin auslegen, dass darunter alle denkbaren Verpflichtungen zu verstehen sind, nur nicht was Kapitaleinlage sein kann. Diese Auffassung, dass die anderen Verpflichtungeu zur Kapitaleinlage in diametralem Gegensatz stehen, ist nicht zu begründen und unhaltbar.

Es bleibt somit nur offen, den Absatz II des § 3 dahin zu verstehen, dass er „noch" andere, „weitergehende" Verpflichtungen zulässt, als nur die begrenzten Kapitaleinlagen, die das Gesetz den Gesellschaftern auferlegt, wie es in § 3 I bestimmt ist. Infolgedessen kann die Nebenleistung in allem bestehen, was überhaupt Gegenstand einer Verpflichtung sein kann.[1]) Und es gibt keinen Leistungsinhalt, der grundsätzlich sich nicht als gesellschaftliche Verpflichtung eignet.

Der Begriff der Leistung ist weder im Gesetz über die G. m. b. H. noch im Handelsrecht noch im bürgerlichen Recht festgelegt. Es bleibt somit die Frage offen, ob eine Leistung Vermögenswert haben muss oder nicht. Für das bürgerliche Recht ist ein vermögensrechtliches Interesse für eine Leistung nicht erfordert. (So nach allgemeiner Ansicht.[2])

Für die Aktien-Ges. wird der Begriff der Leistung durch das Wesen des Aktienrechts eingeschränkt.

„Das Wesen der Aktien-Ges. besteht in der Vereinigung von Vermögen und vermögensrechtlichen Leistungen zu den Zwecken der Gesellschaft (herzuleiten aus den §§ 178, 211, 212 H. G. B.) Nur auf solche beschränkt sich die Verpflichtung der Aktionäre. Nicht die Person zahlt, sondern die Aktie. Auf die Vereinigung von Personen zu

---

[1]) Staub § 3 A. 26.

[2]) Vgl. Kisch Vorlesungen über Schuldverhältnisse § 2 III.

gemeinsamer Tätigkeit, zu einem bestimmten individuellen, nur von bestimmten Einzelpersonen zu erreichenden und nur solchen dienenden Zweck ist die Aktien-Ges. vom Gesetz nicht angelegt." (R. G. Bd. 49. S. 79. Bd. 26 S. 88.)

Wenn hier gesagt ist, dass eine Beteiligung nicht nur mit einer Kapitaleinlage möglich ist, weil § 212 H. G. B. auch sonstige Leistungen zulässt, so durchbricht diese Möglichkeit das Prinzip der reinen Kapitalgesellschaft. Allein für die Aktien-Ges. ist entschieden, dass diese enge Verbindung doch keine Beschränkung der aktienrechtlichen Normen zulässt. Dass dies Prinzip, da wo eine Gesellschaft für die Erreichung ihres Zweckes die Vereinigung nicht bloss von Vermögen, sondern von gleichgesinnten, gleichgestimmten, gleichgearteten Personen voraussetzt, für eine Gesellschaft bedenkliche Folgen haben kann, darf nicht irre leiten. Einmal ist es geboten, hierzu nicht die Form der Aktien-Ges. zu wählen, sondern die einer anderen Gesellschaft oder eines Vereins. Sodann hat die Gesellschaft jederzeit die Möglichkeit durch geeignete Mittel das Eindringen missliebiger und dem Bestand der Gesellschaft gefährlicher Elemente zu verhindern. (Genehmigung zur Uebertragung der Aktie). Es ist deshalb allgemeine Ansicht,[1]) dass bei der Aktien-Ges. auf Grund des § 212 nur Leistungen vermögensrechtlicher Natur auferlegt werden können.

In noch höherem Grade ist das Prinzip der Kapitalgesellschaft bei der G. m. b. H. durchbrochen und umsomehr wird dadurch die Gesellschaft den Gesellschaften auf individualistischer Grundlage angenähert. Trotzdem ist aber die G. m. b. H. der Aktiengesellschaft wesensähnlich. „Denn bei Konstruktion der G. m. b. H. ist von derselben allgemeinen Grundlage auszugehen wie bei der Aktien-Ges."[2])

[1]) Staub § 212 Anm. 4 (H. G. B.)
[2]) Mot I S. 23 ff.

Tatsächlich ist auch die G. m. b. H. auf denselben kapitalistischen Grundlagen aufgebaut wie die Aktien-Ges., was aus den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes immer wieder klar hervorgeht. Die Anklänge an die individualistischen Gesellschaftsformen haben mehr wirtschaftliche als juristische Natur. Es kann deshalb unbedenklich die für das Aktienrecht entschiedene Frage auch als für die G. m. b. H. ebenfalls zutreffend angesehen werden.

Somit kann Gegenstand der Nebenleistung auch bei der G. m. b. H. eine nur einen Geldwert darstellende vermögensrechtliche Leistung sein.[1]) Alle idealen Leistungen sind von diesem Begriff ausgeschlossen. Dieser Begriff schliesst aber keineswegs in sich, dass bei den Leistungen nun die Person des Gesellschafters, seine persönliche Qualifikation ganz zurücktrete. Ja manche vermögensrechtliche Leistungen setzen überhaupt erst eine bestimmte persönliche Fähigkeit und Anlage voraus. Diesem Moment kann die Gesellschaft Rechnung tragen, indem sie für den Erwerb eines Geschäftsanteils gewisse Voraussetzungen aufstellt (Zugehörigkeit zu einem Verein), wenn schon der spätere Wegfall dieser Voraussetzung der Gesellschaft keinerlei Rechte gewährt.[2])

Wenn das Gesetz nur bestimmt, dass den Mitgliedern eine gesellschaftliche Nebenleistung auferlegt werden kann und dass die Verpflichtung hierzu gegebenenfalls im Statut auferlegt werden muss, so sagt es damit, dass die Nebenleistungspflicht gemäss dem Statut besteht, dass insbesondere die Leistung nach Massgabe des Statuts vor sich zu gehen hat, und überlässt zugleich die nähere Regelung der Nebenleistungspflicht, besonders die Bestimmung darüber, welcher Art und welchen Umfangs sie sein solle und unter welchen Modalitäten sich die einzelnen Leistungen vollziehen sollen, dem Statut. Von dieser Freiheit kann das

[1]) Das österr. Ges. § 8 bestimmt ausdrücklich, dass die Nebenleistungen einen Vermögenswert darstellen müssen.

[2]) Vgl. O. L. Bd. 2 S. 232.

Statut im weitesten Umfang Gebrauch machen und die Nebenleistungspflicht — selbstverständlich innerhalb der Grenzen des Rechts — in souveräner und willkürlicher Weise bis in alle Einzelheiten regeln, es kann sich aber auch mit verhältnismässig wenigen Bestimmungen begnügen.

Für die Frage, was nun im einzelnen Gegenstand der Leistung sein kann, sind wir, was die G. m. b. H. angeht, an bestimmt gezogene gesetzliche Schranken nicht gebunden. Es ist demnach nach allgemeinen Rechtssätzen hierüber zu entscheiden.

Zunächst darf die Leistung nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstossen. Damit wird auch die im Vertrag aufgenommene Verpflichtung zu solchen Leistungen hinfällig. (§ 134 B. G. B.) Eine erfolgte Leistung kann trotzdem nicht zurückverlangt werden, wenn der Leistende gewusst, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. (§ 814 B. G. B.) In den meisten derart gelagerten Fällen wird infolge der rechtlichen Natur der Nebenleistung zugleich der von der Gesellschaft verfolgte Zweck sich gegen ein gesetzliches Verbot richten und somit der Gesellschaftsvertrag im ganzen nichtig sein. Eine Diebesbande z. B. hat eine Gesellschaft zum Verkauf der Sachen gegründet, die sie (kraft ihrer besonderen Verpflichtung) zusammen gestohlen und zu stehlen haben.

Sie muss möglich sein; die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung ist hinfällig, es sei, dass bis zur Leistungszeit die Erfüllung möglich wird. (§ 306 u. 308 B. G. B.)

Eine Gegenüberstellung der ähnlichen Bestimmungen für die Aktiengesellschaft[1]) und ein Vergleich mit dem

[1]) § 212 H. G. B.: „Neben den Kapitaleinlagen kann im Vertrage den Aktionären die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden. Die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen müssen aus den Aktien etc. zu ersehen sein."

österr. Gesetz über die G. m. b. H.[1]) zwingt aus dem Rahmen der unzähligen Möglichkeiten manche Punkte besonders hervorzuheben.

Die Leistung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Der Regelfall[2]) ist, dass der Gesellschafter seine Waren und Produkte an die Gesellschaft zum Verkauf auf gemeinsame Kosten abzuliefern hat (Kartellvereine) und umgekehrt von der Gesellschaft seine Waren beziehen muss, oder es kann ihm verboten sein, Konkurrenzgeschäfte zu errichten, sich an einer anderen Fabrik zu beteiligen und bei seiner Produktion ein bestimmtes Mass zu überschreiten.

Sie kann Naturalleistung (Molkereien) oder Arbeits-Dienstleistung sein, z. B. die Uebernahme von Gesellschaftsämtern, Revisionen. Bei Dienstverhältnissen ist die Gesellschaft während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses auch ohne Konkurrenzklausel gegen Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen durch § 17 des Ges. ü. unlaut. Wettbewerb geschützt. Darüber hinaus gibt es keine gesetzliche Schweigepflicht und nur § 826 B. G. B. (Verbot des sittenwidrigen Verhaltens) lässt sich generell anwenden.

---

[1]) Das österr. Gesetz weist zum grossen Vorteil und grösserer Klarheit manche Abweichungen gegen das deutsche Ges. auf, an welches es sich im übrigen eng anschliesst. Diese ergeben sich als Folge der selbständigen Verwertung der Erfahrungen, die man in Deutschland mit dem Gesetz gemacht hat. (Vgl. Deutscher Juristentag Bd. 31 S. 222 ff.) Der unserem § 3 entsprechende Paragraph (§ 8) lautet:

„Wenn ein oder mehrere Gesellschafter sich neben den Stammeinlagen zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden, aber einen Vermögenswert darstellenden Leistungen verpflichten, so sind Umfang und Voraussetzungen dieser Leistung, evtl. Konventionalstrafen, dann die Grundlage für die Bemessung einer von der Gesellschaft für die Leistung zu gewährenden Vergütung im Gesellschaftsvertrag genau zu bestimmen."

[2]) Vgl. eine Fülle von Beisp. bei Leist, S. 3 ff. und Par.-Crüg S. 380 ff.

Die Nebenleistung kann in Geld bestehen: eine Ausgabe der Geschäftsanteile über pari ist also zulässig.[1]) Sie kann dauernd sein, wiederkehrend: periodisch oder nichtperiodisch, oder einmalig. Möglich sind demnach auch jährliche Zubussen in die Gesellschaftskasse, um etwa eine sich ergebende Unterbilanz auszugleichen. Dies sind dann keine Nachschussleistungen, möglicherweise bestehen solche daneben.

Die Leistung kann sein teilbar oder unteilbar, sie kann sich beziehen auf Mobilien oder Immobilien (Einbringung von Grundstücken) oder Rechte (Ueberlassung von allen noch zu erwartenden Patenten).

Sie kann Eigentumsveränderung nach sich ziehen, sie kann in blosser Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung bestehen.

Bedenken können sich erheben bezüglich des Leistungsortes, falls dieser nicht bestimmt ist. Der Wohnort des Schuldners, „des Gesellschafters", wird der Regel nach wohl kaum in Frage kommen, da sich nach den Umständen bezw. aus der Natur des Nebenleistungsverhältnisses meistens der Ort der gewerblichen Niederlassung der Gesellschaft als Erfüllungsort ergeben wird, so bei Lieferungen.

Wo aber werden Unterlassungen, wenn man so sprechen darf, erfüllt? Am Ort der Niederlassung der Gesellschaft? Am Wohnort des Gesellschafters? Dies wäre sicher zu eng begrenzt. Ist Erfüllungsort das Gebiet des Bundesstaates, wo die Gesellschaft sich niedergelassen, oder das Gebiet des Deutschen Reiches und vielleicht dazu von Oesterreich, wo sich die Gesellschaft kraft staatlichen Uebereinkommens ebenfalls niederlassen kann. Bei Konkurrenzverboten wäre auch dies noch zu eng.

Besteht die Möglichkeit, dass das Statut sich mit wenigen Bestimmungen begnügen kann, so ist doch eine

[1]) A. A. allein Neukamp aus nicht stichhaltigen Gründen vgl. dazu Staub § 3 A 28.

Mindestgrenze gesetzt insofern, als die Nebenleistungen im Gesellschaftsvertrag so festgelegt sein müssen, dass ihr Inhalt daraus objektiv bestimmbar ist. Dies aber ist, wie für jedes Schuldverhältnis, genügend.

An Stelle des ursprünglichen Inhaltes (Gegenstandes) der Leistung kann jederzeit ein anderer gesetzt werden. Die Leistung kann also qualitativ abgeändert werden. Dies bedeutet wohl in der Regel eine Vermehrung der Leistungen nach § 53 III.

Auch schon dann liegt eine Vermehrung der Leistungen vor, wenn durch die eintretenden Modalitäten der Leistungspflicht sich die Leistungen erhöhen können[1], oder die begleitenden Umstände erschwert werden. So wäre die Zustimmung der Pflichtigen erforderlich, wenn statt des bisher gewährten Marktpreises ein durch die Organe festzusetzender Preis als Entgelt eingestellt wird[2], oder wenn ein anderer Leistungsort eingeführt werden soll.

§ 6. Der Umfang der Nebenleistungen.

1. Bei normalem Geschäftsbetrieb.

Die Regel, und das kann nur im Interesse der Gesellschaft und der Gesellschafter liegen, wird wohl sein, dass der Gesellschaftsvertrag selbst über den Umfang der Nebenleistungen eingehende Bestimmungen trifft.[3] Zuweilen finden sich sogar die eingehendsten Vorschriften — sog. Instruktionen — wie die Gesellschafter vorzugehen haben.

[1]) Vgl. Recht 1903 Nr. 2093. E. f. Frw. G. B. u. G. B. Bd. 3 S. 234, Bd. 4 S. 99.

[2]) Vgl. Recht 1904 S. 263.

[3]) Im österr. Ges. ist der Umfang der Nebenleistungen im Ges. Vertrag **genau** zu bestimmen (§ 8 Vgl. S. 31 A. 1.)

damit der Umfang der Nebenleistung hinsichtlich Qualität und Quantität für die Gesellschaft sich recht ergiebig gestaltet.[1])

Bei Zuckerfabriken G. m. b. H. kommt es z. B. vor, dass die Gesellschafter verpflichtet sind, den Samen für die Rübenpflanzungen von der Gesellschaft zu beziehen, den Boden in bestimmter und sorgfältiger Weise zu bebauen, auf einem Areal nur eine gewisse Menge Rüben zu setzen, (was für den Zuckergehalt, die Einheitlichkeit der Verarbeitung von grosser Bedeutung ist) und von der effektiven Leistung sich einen Prozentsatz für Schmutz und Abfälle (festgestellt durch Probenutzung) abrechnen zu lassen[2]) etc.

Was die Ermittlung des Umfangs einer konkreten Leistung mit Hülfe eines der Gesellschaft gehörigen Messinstrumentes oder Wägeapparates angeht, so ist zu bedenken, dass die Gesellschaft ein von ihren Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist. Es geht deshalb die Verwendung dieser Ermittlungsinstrumente im Verkehr mit ihren Gesellschaftern (zum Abwiegen der lediglich von diesen zu liefernden Rüben) über den inneren Betrieb der Gesellschaft hinaus. Diese stehen vielmehr im Sinne der Mass- Gewichts- und der Aichordnung im öffentlichen Verkehr und unterliegen deshalb dem Aichungszwang.[3])

Es ist nun aber keineswegs erfordert, dass die Regelung des Umfangs im Statut selbst getroffen ist.[4]) Es genügt ein ins Statut aufgenommener Verweis auf die Sonderbestimmungen — mündliche oder schriftliche —. Selbst wo eine Hinweisung sich nicht findet, können sie doch

[1]) Vgl. den Fall einer Ges. m. b. H. zum Betrieb einer Fabrik von Kartoffelmehl in R. G. Bd. 47 S. 181.

[2]) Vgl. das interessante Beisp. in E. f. Frw. G. B. u. G. B. Bd. 4 S. 97 ff.

[3]) E. des Pr. Ob. Verw. Ger. in Z. f. A. G. u. G. m. b. H. 12 S. 132.

[4]) anders in § 212 H. G. B. und im österr. Ges.

Geltung haben, vorausgesetzt allerdings, dass sie immer noch als Teil des Statutes angesehen werden können.[1])

Ist hinsichtlich der Nebenleistung keinerlei nähere Bestimmung getroffen, so kann eine Handhabe hierfür und für die Auslegung ein bereits vor der Eintragung der Ge-

[1]) Par-Crüg sagt S. 380: Zwischen den einzelnen Kartellverträgen besteht ein charakteristischer Unterschied, insofern als bei einem Teil in den eigentlichen Satzungen (Statuten) die Verhältnisse des Gesellschafters zur Gesellschaft erschöpfend geregelt sind, während bei einem anderen Teil in die Satzung nur die durch das Gesetz vorgeschriebenen Essentialen aufgenommen, die der Gesellschaft eigentümlichen wirtschaftsrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter zu ihr aber in einem den Satzungen angeschlossenen besonderen Vertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter geordnet sind.

Nach Fertigstellung der Arbeit ist der neueste Band der Reichsgerichtsentscheidungen (Bd. 79) erschienen, der zwei die Nebenleistung betreffende Entscheidungen enthält. (S. 332 u. 418). Sie stimmen mit dem bisher Ausgeführten überein.

Zur besseren Verdeutlichung sei aber hier in der Art der Gegenüberstellung noch folgendes hervorgehoben.

Es sind bisher zwei Fälle unterschieden worden, einmal dass die Verpflichtung zu den Nebenleistungen im Gesellschaftsvertrag aufgenommen ist. (S. 12, 14, 29—30, 33—34). Hierbei ist daran gedacht, dass die Verpflichtung ausschliesslich im Gesellschaftsvertrag mehr oder weniger eingehend geregelt ist.

Sodann können neben den Bestimmungen im Statut noch besondere Vorschriften hinsichtlich der Nebenleistung bestehen. (S. 20, 34). Diese Sonderbestimmungen müssen aber als Teil des Statutes angesehen werden können, um gültig zu sein, d. h. die Bestimmung im Vertrage muss sie in ihrem ganzen Umfang decken, oder wie das Reichsgericht sagt (S. 422), sie haben volle Geltung, soweit sie zur Auslegung der Vertragsbestimmung herangezogen werden, nicht aber können sie Geltung erlangen als Ergänzungsabmachungen zum Gesellschaftsvertrag — gemeint sind selbständige Ergänzungen —. Dazu fehlt ihnen die notwendige urkundliche Form (§ 3 II).

Nicht mit derselben Klarheit und Schärfe ist dies in der Entscheidung S. 336 ausgesprochen. Freilich die Ausführungen über den einzelnen Punkt, worüber zu entscheiden war — das Strafgedinge für die Nichterfüllung — stimmen mit dem Bisherigen voll überein. Sonst aber kann nur der genaue Beobachter herausfinden, dass die Ausführungen denen auf Seite 418 ff. nicht widersprechen. Denn

sellschaft eingegangener Vertrag oder mündliche Verabredungen bieten.[1])

Letzten Endes ist dann auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückzugehen und danach wird als Minimum gesetzlichen Erfordernisses verlangt, dass der Umfang objektiv bestimmbar ist.

Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung über die Dauer der Nebenleistung, so wird tatsächliche Auslegung wohl regelmässig ergeben, dass sie sich auf die ganze Dauer der Gesellschaft erstrecken soll.[2]) Daher kann ein Dienstverhältnis nicht nach § 621 B. G. B. nach 5 Jahren gekündigt werden. Möglich auch, dass sie durch die Dauer eines bestimmten Betriebes (Betriebszweiges der Gesellschaft) bedingt sein soll, was sich aus ihrem Zweck ergeben wird.[3]) Die Einstellung des Betriebes ist aber nicht die Auflösung der Gesellschaft,[4]) sodass bei späterer Wiederaufnahme des Betriebes die Nebenleistung wieder in Kraft tritt. Auslegungsfrage ist es, ob die Nebenleistungen nur bei e i g e n e m Wirtschaftsbetrieb durch die Gesellschaft zu erbringen sind, nicht aber dann, wenn die Gesellschaft eine andere Verwertung (Verkauf an andere Fabriken unter Ausschluss eigener Fabrikation) vornimmt.[5])

Der einmal festgelegte Umfang (Betrag und Höhe) kann nur mit Zustimmung des Beschwerten erweitert werden. (§ 53 III). Eine Vermehrung der Leistungen ist darin zu erblicken, wenn die für das Ende der Gesellschaft festgelegte Zeit auf einen späteren Zeitpunkt verlegt wird, was ja eine Verlängerung der Zeitdauer der Gesellschaft und der Nebenleistungen zur Folge hat.[6])

auch nur der „w e s e n t l i c h e“ Umfang der Verpflichtung und der Rechte muss im Gesellschaftsvertrag festgestellt oder feststellbar sein.

[1]) H o l d, Mon. 1906 S. 231.

[2]) Vgl. Leipz. Ztschr. Bd. 1 (1907) S. 284.

[3]) Vgl. R. G. Bd. 21 S. 153, Recht 1910 S. 183.

[4]) Recht 1902 Nr. 93.

[5]) Leipz. Ztschr. Bd. 1 S. 285.

[6]) S t a u b § 3 A. 22, L i e b m a n n § 53, 6 e, N e u k. § 60 A 3.

Wegen der Voraussetzungen für eine gültige Fortsetzung der Gesellschaft über eine bestimmte Frist sei hier nur kurz bemerkt, dass nach Ablauf der Frist (Endtermins) die Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr beschlossen werden kann.[1]) Auch muss der rechtzeitig gefasste Beschluss über die Verlängerung vor Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit ins Handelsregister eingetragen werden, denn er enthält eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages und wird erst mit der Eintragung wirksam.[2])

2. Im Konkurs und in der Liquidation.

Es ist bereits oben gezeigt, dass die Gesellschaft bis zur Beendigung des Konkurses und der Liquidation als solche besteht (S. 18) und dass sie des Rechtes auf die Nebenleistungen erst mit ihrem Ende verlustig geht. Allein der Inhalt des Rechtes erleidet durch die Eröffnung des Konkurses und der Liquidation eine wesentliche Veränderung. Haben die Nebenleistungen den Zweck, den Betrieb der Gesellschaft zu ermöglichen, zu fördern und intensiver zu gestalten, so haben sie diesen Zweck im Konkurs- und Liquidationsverfahren verfehlt, denn das Liquidationsverfahren hat zum Zweck die Abwicklung der Geschäfte der Gesellschaft, die Versilberung und Aufteilung des Gesellschaftsvermögens. Die produktive Tätigkeit der Gesellschaft hat ihr Ende erreicht.

Das Konkursverfahren ist ein liquidationsähnliches Verfahren.[3]) Darauf deutet schon hin die Zusammenstellung mit den übrigen Auflösungsgründen in § 60, wo ein obligatorisches Liquidationsverfahren besteht, als besonders

[1]) Jahrb. d. E. d. Kammerger. Johow 32 A. 155.

[2]) Johow (dito) 34 A. 166. Vgl. Z. Bl. f. Frw. G. B. u. G. B. Bd. 8 S. 98, Bd. 7 S. 209 ff.

[3]) Vgl. Wilmowski § 207 A. 3, Jaeger § 208 A. 2.

der Wortlaut des § 61 I. wonach das Konkursverfahren nur eine besondere Art des Liquidationsverfahrens in sich schliesst, verschieden in erster Linie durch die gesetzliche Berufung der Liquidationspersonen, hier die Gesellschafter, dort der Konkursverwalter.

Für die Liquidation ist nun bestimmt (§ 69), dass die bisherigen Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter — d. h. solange die Gesellschaft nicht ins Auflösungsstadium trat — durch das Wesen der Liquidation modifiziert werden.

Danach haben vor allem die Liquidatoren die Nebenleistungen einzuziehen, doch nur insoweit, als sie zur Beendigung der laufenden Geschäfte, zur Befriedigung der Gläubiger, zur Durchführung der Liquidation und zur gesetz- und statutenmässigen Verteilung der Ueberschüsse erforderlich sind.[1]) Darüber hinaus ist jede Anhäufung von Vermögen, das doch wieder unter die Gesellschafter verteilt werden müsste, verboten[2]) Wenn z. B. der Gesellschaftsbetrieb nur den halben Umfang gegen früher hat, so braucht ein nach § 3 II verpflichteter Lieferant nur die Hälfte seines Contingents anzuliefern: hinsichtlich der anderen Hälfte erhält er freie Hand. Unter Umständen kann ihm dies sehr erwünscht sein, so wenn die Marktpreise gegen den vertraglich festgelegten Preis gestiegen sind. Gegen vermeintliche Mehrforderungen kann sich der Gesellschafter in allen Fällen durch den Einwand schützen, dass ihre Erhebung zu Zwecken der Liquidation nicht erforderlich ist.[3]) Es geht aber die gesetzliche Präsumption dahin, dass jede durch die Liquidatoren erfolgte Einforderung notwendig ist. Die Beweislast der Entbehrlichkeit liegt deshalb dem Bestreitenden ob.

[1]) Zschrft f. Aktien-Ges. und G. m. b. H. 17 S. 139.

[2]) J. Z. 1910 S. 201.

[3]) Z. f. A. G. und G. m. b. H. 13 S. 209 und R. G. Bd. 45 S. 15.

Entsprechendes gilt nun für das Konkursverfahren.[1] Freilich ein eigentliches Haftungsobjekt in dem Sinne, dass sie im Konkurs für die Befriedigung der Gläubiger in vollem Umfange verwertet werden könnten, bieten die Leistungen insofern nicht.[2]

Wird durch die Gesellschafter in den zulässigen Fällen des § 60 Z. 4 die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen (d. h. zu ihrem ursprünglichen Zweck, so wenn der Konkurs eingestellt oder durch Zwangsvergleich beendigt wird, wozu einfache Mehrheit genügt § 45 ff), so besteht die Nebenleistung weiter wie vor der Konkurseröffnung. Eine Vermehrung der Leistungen bedeutet dies nicht; denn kein Gesellschafter hat ein angestammtes Recht, dass die Gesellschaft und seine Pflichten ein regelwidriges, jähes Ende nehmen. Hier sei noch besonders hervorgehoben, dass es über das Ende der Gesellschaft hinaus Nebenleistungen nicht geben kann, wie dies Leist und mit ihm Merzbacher[3] in völliger Verkennung ihrer juristischen Natur annehmen.

[1] Vgl. J. W. 1899 S. 305.

[2] Vgl. R. G. Bd. 21 S. 153.

[3] Leist S. 145. Treffend meint Leist, von der Richtigkeit seiner Behauptungen nicht voll überzeugt: „Sollten sich dennoch Bedenken erheben — dass die Nebenleistung die Gesellschaft überdauern kann — so ist doch die Begründung solcher Verpflichtungen durch Nebenverträge schwerlich unzulässig, und es bleibt die Möglichkeit, statutarische Bestimmungen dieser Art in Nebenverabredungen umzudeuten."

Merzbacher § 3 A. 8. Dazu R. G. Bd. 72 S. 23[c]; Bd. 21 S. 153., auch Recht 1910 Nr. 183.

3. Kapitel.

Die Erfüllung der Nebenleistung, ihre Wirkungen; die Nichterfüllung und deren Folgen.

§ 7. A. Solange der Geschäftsanteil sich noch in erster Hand befindet.

Die Verpflichtung im Vertrage verschafft die Forderung der Gesellschaft. Vor einem etwa bedungenen Termin für die Leistung ist die Wirksamkeit bedingt, die Gesellschaft hat ein bedingt wirksames Recht, nicht aber die Entstehung des Rechtes auf die Nebenleistung ist bedingt. Die Einforderung der Nebenleistung liegt den Gesellschaftsorganen ob. Die Zeit der Fälligkeit kann bestimmt sein oder sie ergibt sich aus den Umständen. (Erntezeit.)

Wie die Leistung hinsichtlich der Erfüllung im einzelnen zu behandlen ist, ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen des H. G. B. oder des B. G. B. Da die G. m. b. H. Handelsgesellschaft, also Kaufmann (§ 6 H. G. B.) im Sinne des H. G. B. ist (§ 13 III.), so bleiben die allgemeinen Vorschriften des H. G. B. hinsichtlich des Gesellschafters nur dann ausser Betracht, wenn nach den Vorschriften des H. G. B. ihre Anwendung nur für den Fall ausgesprochen ist, dass das Rechtsgeschäft für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. (§ 345 H. G. B.)

Um beiderseitige Handelsgeschäfte kann es sich nur handeln, wenn ein Kaufmann von einer errichteten Gesellschaft einen Geschäftsanteil erwirbt, denn bei der ursprünglichen Uebernahme eines Geschäftsanteiles mit den Nebenleistungen bei Gründung der Gesellschaft existierte die Gesellschaft als solche noch nicht, konnte also auch nicht

Handelsgesellschaft sein. Und zwar ist die Beteiligung an der Gesellschaft für einen Kaufmann auch nur dann ein Handelsgeschäft, wenn die Uebernahme eines Geschäftsanteils zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörte (§ 343 H. G. B.), wofür allerdings eine gesetzliche Präsumption spricht. (§ 344 H. G. B.) Hat jemand einen Geschäftsanteil erworben und wird er erst nach diesem Zeitpunkt Kaufmann, so genügt dies für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des H. G. B. nicht.

Es hat demnach der Gesellschafter bei der Erfüllung Vorsatz und (jegliche) Fahrlässigkeit, auch der Gehülfen zu vertreten (§ 278 B. G. B.), diligentia quam in suis rebus gilt nur für die Gesellschafter des B. G. B. Oder es haftet der Gesellschafter gegebenenfalls wie ein ordentlicher Kaufmann und zwar für Ordentlichkeit innerhalb seines Geschäftszweiges. (R. G. Bd. 64 S. 257).

Die Leistung hat nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfolgen. (§ 242 B. G. B.). Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sachleistung geschuldet, so ist eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern, bei Gattungswaren ist ein Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern. (§ 360 H. G. B.)

Kommt der Pflichtige in Verzug, so muss er den hierdurch entstandenen Schaden und Verzugszinsen zahlen, 4% wenn H. G. B. Anwendung findet, 5%. Schadensersatz statt Erfüllung wird wohl in den meisten Fällen zuzubilligen sein.

Es ist oben[1]) gezeigt, dass das Nebenleistungsverhältnis ein integrierender Bestandteil der Mitgliedschaft ist und eine im Körperschaftsrecht wurzelnde Obligation enthält und dass es nicht angeht, die Vorschriften des B. G. B. über Verträge auf es analog anzuwenden. Aus diesem Grunde können die Vorschriften §§ 320 ff B. G. B., vor allem 325, 326 über den Verzug, keine direkte Anwendung

[1]) Vgl. oben S. 19 ff.

finden. Rücktritt ist deshalb in der Regel ausgeschlossen.[1]

Streitigkeiten über die Nebenleistungen können nicht durch die Versammlung der Gesellschafter entschieden werden, weil dadurch eine Partei Schiedsrichter über die von der anderen Partei gemachten Ansprüche würde.[2]

Der Nebenleistungspflichtige muss leisten, er kann dazu verklagt werden. Daraus, dass die Leistungen aus § 3 II am Geschäftsanteil haften, zu folgern, dass sie (wegen der Uebertragbarkeit des Anteils) niemals höchst persönlich sein können.[3] geht doch nicht an. Dagegen spricht schon der Umstand, dass die Gesellschaft den Uebergang des Anteils, um nichtgenehme Erwerber fernhalten zu können, von ihrer Genehmigung abhängig machen kann. Diese Bestimmung wäre ja dann, wo nicht unverständlich, so doch mindestens praktisch entbehrlich. Vor allem aber erhält gerade durch die Nebenleistung die Gesellschaft einen starken individualistischen Einschlag.

Mehrere bei der Gesellschaft angemeldete Mitberechtigte haften solidarisch. Inwiefern Tatsachen für alle wirken oder nur gegen den, in dessen Person sie entstehen, siehe B. G. B. §§ 422—425.

Der Gerichtsstand für Klagen aus der Nebenleistungspflicht bestimmt sich nach § 22 C. P. O., denn die Klage ist hier gegen die Mitglieder als solche, nicht in ihrer Eigenschaft als gewöhnliche dritte Personen gerichtet. Zuständig ist für sämtliche Streitigkeiten aus diesem Verhältnis die Kammer für Handelssachen. (G. V. G. § 101 Nr. 3 a.)

Mit der Leistung erlischt das Schuldverhältnis für die Vergangenheit. Erfolgt die Leistung unentgeltlich, so ist sie auch dann keine Schenkung, sondern Erfüllung einer Verbindlichkeit. Soll die Leistung gegen Entgelt erfolgen, so erwirbt der Gesellschafter gegen die Gesell-

[1] Staub § 3 A. 33.
[2] R. G. Bd. 55 S. 326.
[3] Sallach S. 20.

shaft einen Anspruch auf Zahlung des Preises. Insoweit ist er dann der Gesellschaft gegenüber gewöhnlicher Gläubiger, was im Konkurs praktisch zum Ausdruck kommt. Für die Bestimmung des Gegenwertes ist der weiteste Spielraum gelassen. Entgelt kann festgesetzt sein ohne Rücksicht auf spätere Preisschwankungen oder bloss die Entgeltlichkeit. Die Höhe wird dann nach billigem Ermessen bestimmt (im Zweifel), etwa nach den Marktpreisen. Massgebend ist dann der Zeitpunkt der Leistung unabhängig von früheren oder späteren Preisschwankungen.[1]) Die Festsetzung kann auch einem Teile überlassen sein (dem Gesellschafter oder den Organen). Im Falle der Unbilligkeit der Festsetzung entscheidet dann der Richter.[2])

Auch dann handelt es sich um Entgelt, wenn statt Barzahlung Zahlungssurrogate gewährt werden, wie Wohnung, Pensionsanspruch, Provision, Tantieme. Die Vergütung kann auch in einer abweichenden Gewinnverteilung (§ 29 II) enthalten sein. Für die Höhe der Vergütung bestehen keine speziellen gesetzliche Bestimmungen wie bei der Aktien-Ges. (§ 216 H. G. B.[3]) und im österr. Ges. über G. m. b. H. Eine Vergütung darf ohne Rücksicht auf § 30 I ausbezahlt werden, mag auch Reingewinn nicht erzielt worden sein. Ueber den Wert der Leistung jedoch nur insoweit als sich Gewinn ergibt. Anderenfalls hätten wir es zu tun mit einer Umgehung der Vorschriften über Rückzahlung der Stammeinlage (§ 30 I), über Kapitalsherabsetzung (§ 58) oder des Verbotes des Erlasses von Einzahlungen (§ 19), insoweit aber unterliegen die gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger zwingenden Regeln. Die ins Statut

[1]) Staub § 216 A. 2 H. G. B.

[2]) Vgl. R. G. in Leipzig Z. Bd. 1 S. 285.

[3]) § 216; . . eine den Wert der Leistungen nicht übersteigende Vergütung darf ohne Rücksicht darauf bezahlt werden, ob die jährliche Bilanz einen Reingewinn ergibt. Dazu österr. Ges. § 82 IV.

aufgenommene Preisbestimmung erleidet infolgedessen eine Einbusse dahin, dass die Vergütung in der festgesetzten Höhe nicht gewährt werden darf, wenn die Leistungen dies nicht wert sind und Gewinn nicht erzielt ist.

Welches der Wert ist, dürfte in der Praxis nicht immer zweifelsfrei sein. Theoretisch kann zum Anhaltspunkt gegeben werden, dass die Vergütung über den Preis nicht hinausgehen darf, der bei freiem Kauf zur Zeit und am Ort der Leistung an Dritte von der Gesellschaft hätte gezahlt werden müssen.

Die Leistung geht in das Vermögen der Gesellschaft über. Demgemäss erscheint sie unter Berücksichtigung der Vorschriften des § 42 in der Bilanz. Besteht sie in Geld (z. B. einem Agio), so empfiehlt es sich zu bestimmen, dass sie einem Reservefonds zu überweisen ist, denn anderenfalls könnten sie bei der nächsten Gewinnverteilung zur Austeilung kommen.[1])

Da das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft vor Beendigung derselben nicht anders als im Wege einer unter Innehaltung der hierfür vorgeschriebenen Bedingungen vorzunehmenden Veräusserung des Geschäftsanteiles erfolgen kann, so muss jedem Mitglied das Recht abgesprochen werden aus der Gesellschaft willkürlich auszuscheiden und sich durch freiwilligen Verzicht — selbst nach Volleinzahlung der Stammeinlage — der ihm gegen sie obliegenden Verpflichtungen zu entledigen.[2])

Im Falle der Nichterfüllung der Nebenleistung hat die Gesellschaft nicht das Recht zur Kaduzierung oder zur Zwangseinziehung (Konfiskation) des Geschäftsanteils,[3]) es sei denn dies im Vertrage ausgemacht. Jedoch darf

[1]) Rehm S. 349, bei A. G. ist dies gesetzlich bestimmt § 262 Z. 2 H. G. B.

[2]) R. G. Bd. 17 S. 3.

[3]) Die Vorschriften § 20 ff beziehen sich nur auf die Kapital-Stammeinlagen.

dadurch die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals weder mittelbar noch unmittelbar gefährdet werden.[1])

Den einzelnen Gesellschafter können die Organe — unbeschadet ihrer Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft — von den Leistungen (sogar auf Lebenszeit) entbinden. (§ 37 II S. 1). Denn dies ist eine interne Verwaltungshandlung. Die Verpflichtung schlechthin aufzuheben, derart dass die im Vertrag aufgenommene Bestimmung betr. die Verpflichtung zu den Leistungen als aufgehoben zu erachten ist, vermögen sie nicht. Dies wäre Statutenänderung und könnte nur auf Beschluss der Gesellschafter hin erfolgen.[2])

Veräussert der Gesellschafter nur das Objekt, aus dem die Leistungen im wesentlichen fliessen (z. B. die Fabrik, in der die von ihm an die Gesellschaft zu liefernden Waren hergestellt werden), so bleibt der Gesellschafter zu den Nebenleistungen auch weiterhin verpflichtet. Leistet er nicht, so kann die Gesellschaft ihre Ansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen und zwar liegt nachträglich eintretendes Unvermögen[3]) vor, für das der Gesellschafter einzutreten hat. (§ 275 II) Ein Recht, den Erwerber unmittelbar in Anspruch zu nehmen, hat die Gesellschaft in keinem Falle.

Staub[3]) ist der Ansicht, dass eine Inanspruchnahme

[1]) So auch die herrschende Meinung: Johow 35 A. 178. A. A. O. L. (Kiel) Bd. 19 S. 364: „Die Vorschriften des Gesetzes über Eintritt und Ausscheiden der Gesellschafter enthalten zwingendes Recht und damit lässt sich eine derartige Vertragsbestimmung nicht vereinigen."

[2]) Vgl. auch R. G. Bd. 17 S. 1.

[3]) Staub H. G. B. § 212 A. 24 (dazu § 3, A. 37) meint, es liege in solchem Falle verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung nach § 280 B. G. B. vor. Dies dürfte aber nur in den seltensten Fällen zutreffen. Denn um zu entscheiden, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen vorliegt, muss die Frage dahin gestellt werden, ob die Leistung von einem anderen, wenn er Gesellschafter wäre, in gleicher Weise praestiert werden könnte. Das Vorliegen der Unmöglichkeit ist zu bejahen, wenn die Leistung ganz individuellen Charakter hat.

aus besonderen Gründen zulässig sei, z. B. auf Grund einer (gewöhnlichen) Schuldübernahme. Allein juristisch liegt die Sache doch so, dass der Gesellschafter aus dem Nebenleistungsverhältnis entlassen wird und die Gesellschaft den Erwerber kraft besonderen Vertrages als neuen Schuldner erhält.[1]) Die Leistung des Erwerbers hat mit der Nebenleistung des Gesellschafters einzig und allein das gemein, dass sie inhaltlich übereinstimmt. Ihre juristische Natur ist völlig verschieden.

Auch wenn die Beteiligung an einer G. m. b. H. für einen Geschäftsinhaber im Betriebe seines Handelsgeschäftes erfolgt ist — ein Kaufmann hat durch seinen Beitritt der Gesellschaft gegenüber die Verpflichtung übernommen, seinen Geschäftsbedarf an Waren bestimmter Art von der Gesellschaft zu beziehen, — so bleibt er selbst nach Uebertragung des Geschäftes für die Dauer seines Gesellschaftsverhältnisses an diese Bezugsverpflichtung gebunden. Dies folgt aus der juristischen Natur. Für die Erfüllung der Verbindlichkeit hat er einzustehen bei Vermeidung der für den Fall der Nichterfüllung nach allgemeinen Grundsätzen eintretenden oder im Vertrage bestimmten besonderen Folgen.

Kraft besonderer Bestimmung (§ 25 H. G. B.) tritt ein Erwerber, der das Geschäft des Gesellschafters mit der Firma übernimmt, so weit als möglich in die Geschäftsbeziehung des früheren Geschäftsinhabers ein, es sei denn dass die Erfüllung nur von der Person des Gesellschafters möglich wäre. Immer aber bleibt das Schuldverhältnis des Veräusserers bestehen. Es kann keine Rede davon sein, dass ein Uebergang der Schuld auf den Erwerber des Geschäfts stattfindet, noch dass sich die Verpflichtung von der Person des Gesellschafters und bisherigen Geschäftsinhabers loslöst.

Dieser bleibt nach wie vor der eigentliche Schuldner. Der Geschäftserwerber haftet daneben als zweiter Schuldner

[1]) § 414 ff B. G. B.

in demselben Umfang und für die nämliche Zeitdauer wie der Gesellschafter.[1]) Wie Erwerber und Veräusserer unter sich die Erfüllung verabreden, ist eine Sache für sich.

Erfolgt die Veräusserung des Objekts in einem Zwangsversteigerungsverfahren, so ist damit noch keineswegs gesagt, dass nun der Gesellschafter von dem Leistungsverhältnis in jeder Hinsicht befreit ist. Das entscheidet sich lediglich danach, ob die Subhastation verschuldet worden ist oder nicht.

In allen Fällen, wo ohne Verschulden des Gesellschafters die Erfüllung der Leistungen unmöglich wird, tritt für ihn Befreiung davon ein. (§ 275, 279 B. G. B.) Wenn der Gesellschafter in Konkurs gerät,[2]) so gehört sein Geschäftsanteil nach der gesetzlichen Regel zur Konkursmasse. Der Konkursverwalter ist berechtigt die Befugnisse des Gemeinschuldners auszuüben. Es ändert sich an dem Nebenleistungsverhältnis nichts, wenn der Konkursverwalter die Nebenleistungen erbringt. Andernfalls ist die Gesellschaft inbezug auf die Nebenleistungen Gläubigerin. Da sie aber nicht vertraglicher Natur sind, so können sie nicht nach § 17 K. O. gekündigt werden. Allein der Zweck des Konkurses — anteilsmässige, sofortige Befriedigung aller vorhandenen Gläubiger - - wirkt auf sie ein, sie verlieren ihre Eigenschaft ausschliesslich der Gesellschaft zu gehören, sodass diese einen Eingriff in das Nebenleistungsverhältnis und eine Beanspruchung seitens aller Gläubiger dulden muss. Dies gilt demgemäss nur für solche Nebenleistungen, die nach geltendem Recht in die Konkursmasse fallen resp. deren Erfüllung für die Zukunft durch die Konkurseröffnung unmöglich gemacht

[1]) Vgl. dazu R. G. Bd. 76 S. 7 ff.

[2]) Fällt die Gesellschaft in Konkurs, so kann der Nebenleistungspflichtige seine evtl. Vergütung nur als einfache Konkursforderung anmelden. Er teilt sich mit den gewöhnlichen Gläubigern in Prozente.

wird, weil die Hülfsquellen (Fabrik, Landgut), aus dem die Nebenleistungen fliessen, in dem Konkursverfahren dem Gesellschafter entrissen werden. Es tritt an die Stelle des Anspruchs auf die Leistungen der Anspruch auf konkursmässige Befriedigung und zwar, soweit erstere nicht schon auf Geldleistungen gehen, verwandeln sie sich in Geldansprüche (§ 69 K. O.), welche als Surrogate der Erfüllung an deren Stelle treten. Soweit die Nebenleistungen noch betagt sind, werden sie sogleich fällig etc.

Wenn durch die Konkurseröffnung das Nebenleistungsverhältnis aufgehoben oder die Verpflichtung zu den Leistungen nicht erfüllt wird, so kann die Gesellschaft deswegen eine Schadensersatzforderung als Konkursgläubigerin geltend machen. Nebenleistungen, die durch die Konkurseröffnung in keinerlei Weise beeinflusst werden[1] (z. B. Dienstleistungen) bleiben auch im Verhältnis von Gesellschafter und Gesellschaft unberührt.

Da der Geschäftsanteil in der Regel[2] Vermögenswert hat, wird er wohl meist versilbert werden. Dies fällt unter den Begriff der Uebertragung eines Anteiles und ist danach zu behandeln.

§ 8. B. Nach dem Uebergang des Geschäftsanteils auf einen Nachfolger.

Die Geschäftsanteile sind veräusserlich und vererblich. (§ 15 I.) Mit dem Erbgang und der Veräusserung geht die Nebenleistungspflicht auf den neuen Erwerber über. Als Veräußerung ist jede Singularsuccession anzusehen, durch welche ein Wechsel der Geschäftsanteilsinhaberschaft eintritt, wobei es also gleichgültig ist, ob er freiwillig oder

[1] Vgl. K. O. § 1, dazu Jaeger 1912 § 1 A 6.

[2] Keinen Wert hat er, wenn die Gesellschaft schlecht steht, noch wenig auf den Anteil eingezahlt ist, unbeschränkte Nachschusspflicht mit ihm verbunden ist und gar noch die Nebenleistungen seit langem rückständig und an sich schwerer Natur sind.

im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Der Gesellschaft gegenüber trittt eine Veräusserung erst in Wirkung, wenn sie bei ihr unter Nachweis des Ueberganges angemeldet ist. (§ 16 I.) Also von der Anmeldung an hat der Erwerber erst für die künftigen Leistungen einzustehen und von diesem Zeitpunkt an wird der Veräusserer für dieselben frei. Für die bereits (also bis zur Anmeldung) fällig gewordenen Leistungen hat das Gesetz aus praktischen Gründen[1]) eine einschneidende Regelung getroffen.

In der Person des bisherigen Gesellschafters sind sie entstanden und haben sie ihre Selbständigkeit erlangt. Selbstverständlich wird er durch die Veräusserung des Anteils davon nicht befreit.

Aber das Gesetz lässt auch den Erwerber haften für alle Nebenleistungen, die zur Zeit der Anmeldung fällig und noch rückständig, d. h. nicht bewirkt sind. (§ 16 III.) Die Gesellschaft kann sich nach Belieben an einen der beiden für die ganze Leistung halten oder nur für einen Teil. Bis zur völligen Bewirkung bleiben beide verpflichtet (§ 421 B. G. B.)

Die Haftung des Rechtsvorgängers wird hier nicht wie sonst davon abhängig gemacht, dass der Nachfolger nicht voll leistet, mit a. W. hier gilt nicht die subsidiäre Haftung. Das Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Erwerber wird dadurch aber nicht berührt.

Die Haftung für die Leistungspflichten ist der Gestalt, wie sie zur Zeit der Anmeldung besteht. Verzug braucht nicht vorzuliegen, wohl aber wird der Verzug vom Erwerber fortgesetzt und ihn treffen die Verzugsfolgen ebenso wie den Veräusserer.

Für den Erbgang gelten diese Bestimmungen nicht.[2])

[1]) Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass eine gegen den Veräusserer begonnene Beitreibung bei der Anmeldung der Veräusserung aufgegeben werden müsste, um zunächst den Erwerber in Anspruch zu nehmen Mot. II S. 37, 39.

[2]) Liebmann § 16 A. 7.

Sie sind überflüssig, da ja der Erbe in die gesamte Rechtspersönlichkeit des Erblassers eintritt. Allerdings haften die Erben zunächst beschränkt (dürftiger Nachlass etc.) oder zwar unbeschränkt, doch mit dem Recht, die Haftung zu beschränken.[1]) Bis zur Teilung der Erbschaft — idem: des Geschäftsanteils — sind sie Gesamtschuldner. (§ 18 II.) Die Gesellschaft kann sich also an einen einzigen Erben für die Nebenleistung halten, mag auch die Gesamthaftung nach B. G. B. § 2060 noch nicht eingetreten sein. § 18 des Gesetzes über G. m. b. H. als lex specialis geht vor. Setzen sich die Erben durch Teilung auseinander, so trifft jeden die Leistungspflicht anteilsmässig, bei unteilbaren Leistungen bleibt es bei der Gesamtschuld. (§ 431 B. G. B.)

Da es möglich ist, dass die Gesellschaft eigene Anteile erwirbt, zum Teil kraft Gesetzes (§ 27 . z. T. durch Erwerb (§ 33), so müsste nach allgemeinen Grundsätzen ein Erlöschen der Rechte und Pflichten eintreten. Doch die Geschäftsanteile behalten ihre Selbständigkeit, sie können wieder veräussert werden. (§ 27.) Geschieht dies, so tritt derselbe Rechtszustand ein, wie wenn sie der Gesellschaft nie gehört hätten. Man kann deshalb nur von einem Ruhen der Rechte und Pflichten reden.

Im einzelnen ergibt sich: Rückständige Leistungen erlöschen n i c h t[2]), es sei denn dies besonders ausgemacht. Denn die Vorschrift, dass der Erwerber mithaftet, bezweckt doch in erster Linie einen verstärkten Schutz der Gesellschaft und eine Sicherung für die ihr gebührenden fälligen Leistungen.

[1]) S t a u b § 18 A. 22, L i e b m a n n A. 22, N e u k. A. 3 b' aA. F ö r t s c h § 18 A 2.

[2]) S t a u b § 33 A. 17 behauptet ohne Begründung das Gegenteil. Er verstösst damit gegen den klaren Wortlaut des § 425 B. G. B., wo eine Confusion von Schuld und Forderung nur für die Person eines Gesamtschuldners erfolgt, in der die Vereinigung eintritt, „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt."

Wenn nun die Gesellschaft einen Anteil erwirbt, so wird dieser Schutz und diese Sicherung durch das Zusammentreffen von Berechtigung und Mitverpflichtung in einer Person zunichte gemacht. Kann man aber annehmen, dass er ins Gegenteil umschlagen soll, dass der eigentliche Verpflichtete, in dessen Person die Schuld überhaupt entstanden ist und ihre Selbständigkeit, losgelöst vom Beteiligungsverhältnis, erhalten hat, gar frei werden soll?

Aehnlich wird sich nach aussen der Fall gestalten, wo sämtliche Anteile der Gesellschaft in einer Hand vereinigt sind. Hier stehen sich gegenüber Gesellschaft und Gesellschafter, beide juristisch voneinander verschieden.[1])

[1]) Dass solche Gesellschaften ihre juristische Persönlichkeit behalten und weiter bestehen, steht praktisch zweifellos fest, (in Berlin allein 115 solcher Gesellschaften unter 1125, Wört. d. Volksw. 1911 S. 1026). In der Theorie streitet man noch, ob solche Einhandgesellschaft möglich ist oder nicht. Das Gesetz selbst bietet hierfür keine Handhabe. Vgl. dazu R. G. Bd. 68 S. 172, Bd. 23 S. 203, D. J. Z. 1911 S. 823, 1909 S. 181, Seuft Archiv Bd. 60 S. 410 Recht 1900 S. 286; Hiehold: die G. m. b. H. nach Vereinigung aller Anteile in einer Hand. (Diss.)

Allerdings wird für die Errichtung der G. m. b. H. das Begriffsmerkmal einer Personenmehrheit erfordert. Denn da es sich um eine Gesellschaft handelt und ein Vertrag geschlossen werden muss, so sind zur Gründung der Gesellschaft mindestens zwei Personen erforderlich (Staub S. 42. A. 22). Der Einzelperson ist also die Gesellschaftsform an sich nicht zugänglich; dies lag auch nicht in der Absicht der legislatorischen Aktion.

Interessant sind nun die Wirkungen der Einhandgesellschaft nach der wirtschaftlichen Seite hin. Der einzige Gesellschafter wird durch die Vereinigung aller Anteile in seiner Hand — was wohl oft von vorneherein geradezu beabsichtigt war — zum Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung. Die Vorteile des Gesetzes wiegen die lästigen Formalitäten bei Weitem auf. Der Einzelne haftet für die Verbindlichkeiten der von ihm allein vorgestellten und in ihm fortbestehenden Handelsgesellschaft persönlich nicht. Den Gläubigern haftet nur das Vermögen der (vermeintlichen) Gesellschaft.

Die Anteile behalten ihre Selbständigkeit, die aus ihrem Besitz sich ergebenden Rechte und Pflichten sind aber in der Person des alleinigen Inhabers vereinigt. Dieser kann durch die Gesellschaft für alle auf den einzelnen Anteilen lastenden Verpflichtungen in Anspruch genommen werden. Eintreten wird dieser Fall nur, wenn Gesellschaft und Gesellschafter in einen Interessengegensatz treten (Konkurs). Sich selbst wird man kaum ohne zwingenden Anlaß zu

Dadurch ist im Gegensatz zum Einzelkaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, der mit seinem ganzen Handels- und Privatvermögen aufkommen muss, ein neuer Typus des Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung geschaffen: Freilich nicht offen und frei zugestanden. Der Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung stellt wieder nach aussen hin eine Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit vor. Im Endergebnis haben wir so mit zahlreichen Gesellschaften m. b. H. zu rechnen, die keine Gesellschaften mehr sind, und mit der juristischen Persönlichkeit dieser (vermeintlichen) Gesellschaften, obgleich sie vom Gesetz ausdrücklich nur der (wahren) Gesellschaft verliehen werden sollte.

Ob überhaupt der hier gemachte juristische Unterschied im wirtschaftlichen Leben und Verkehr konsequent und scharf auch in den Folgerungen sich durchführen lässt, dürfte sehr zu bezweifeln sein. Das einfache Ignorieren und die daraus folgende Verschweigung erheblicher Tatsachen, die der Oeffentlichkeit nicht bekannt gemacht werden, widersprechen den hochzuhaltenden Grundsätzen der Offenheit und Wahrheit und die Schäden, die der Einzelne dadurch anrichten kann, sind unabsehbar. Es sei nur kurz darauf hingewiesen, dass die Verkehrskreise in der Regel eben nicht zunächst Einsicht in die Registerakten nehmen und daher annehmen, dass sie es wirklich mit einer Gesellschaft und daher mit einem geschlossenen Gesellsshaftsvermögen zu tun haben, das dem Zugriff der Gesellschafter entzogen und dessen Verwaltung dem zivil- und strafrechtlich verantwortlichen Geschäftsführer derart anvertraut ist, dass er der Hüter der Interessen der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern ist, gewissermassen über ihnen steht, trotzdem er von ihnen (regelmässig) sein Amt erhalten hat. Dies alles verliert, wenn die Gesellschaft zum Einzelkaufmann geworden ist, die reale Grundlage. Der Gesellschafter ist zugleich die Gesellschaft und zumeist der Geschäftsführer. Theoretisch ist ja möglich, daß der einzige Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger seinen

Leistungen anhalten. Für die rückständigen Leistungen kann der alleinige Gesellschafter aber sehr wohl den letzten Inhaber in Anspruch nehmen.

Die Geschäftsanteile sind auch teilbar (§ 17.) Die Logik des Gesetzes ist hierbei, dass durch die Teilung ebensoviele selbständige Mitgliedschaften gebildet werden als Teile des Geschäftsanteils.

Die neuen Mitgliedschaften entstehen durch entsprechendes Ausscheiden des alten Gesellschafters. Es müssen hier deshalb dieselben Rechtsfolgen gleichmässig eintreten, wie beim völligen Ausscheiden des Gesellschafters: Auch die Verpflichtungen gehen anteilsmässig in der eben dargestellten Art über, was sowohl für die fälligen als auch für die rückständigen Leistungen gilt.

Bisher haben wir im Auge gehabt, dass die Leistungen nicht persönlicher Natur sind. Individualleistungen vertragen natürlich einen Wechsel des Verpflichteten nicht. Daher verbleiben bei der Teilung eines Geschäftsanteiles die Leistungen persönlichen Charakters ganz zu Lasten des Veräusserers.[1]) Bei der Gesamtveräusserung werden sie deshalb subjektiv unmöglich. Frage des Einzelfalles wird es dann sein, ob nicht der Veräusserer in derart gelegenen Fällen aus besonderen Gründen (§ 826 B. G. B.) haftbar gemacht werden kann. Der Gesellschaft kann aber damit nicht gedient sein.

Das Gesetz gibt ihr deshalb ein Mittel in die Hand, die Gesellschafter daran zu hindern, sich der übernommenen Verpflichtungen leichtfertig zu entledigen und durch die Ersatzstellung eines neuen, unfähigen und ungeeigneten Gesellschafters zu schädigen:

eigenen voranstellt. Sicherlich aber würde der Dritte, der sich bewusst wäre, nur einen Einzelnen vor sich zu haben, unter Umständen in Wahrung seiner Interessen sich anders verhalten, als wenn er immer wieder die Gesellschaft und nur diese vor sich sieht.

[1]) Staub § 17 A. 29 Liebmann A. 7 Birkenbihl A. 2.

Es kann nämlich die Gesellschaft die Wirksamkeit jeder Uebertragung eines Geschäftsanteiles von ihrer Genehmigung abhängig machen.[1]) Es muss dies aber im Gesellschaftsvertrag bestimmt sein. (§ 15 IV.) Wird die Genehmigung bei einem Uebergang nun erteilt, so gilt das bisher Gesagte.

Wird die erforderliche Genehmigung verweigert — gleichgültig aus welchem Grunde — so ist die Veräußerung nicht wirksam; der bisherige Gesellschafter bleibt der Gesellschaft gegenüber weiterhin verpflichtet. Es können sich nun Schwierigkeiten ergeben, insofern als der Geschäftsanteil im Zwangsverfahren versilbert werden soll, die Gesellschaft aber die zur Veräußerung erforderderliche Genehmigung verweigert.

U. E. kann man in dieser lebhaft bestrittenen Frage unbedenklich dem Standpunkt des Reichsgerichts[2]) beitreten, dass die Anwendbarkeit des § 15 V, wie aus dem Wortlaut und Zusammenhang so wie aus der Begründung des Gesetzes (S. 48) hervorgeht, sich nur auf die freiwillige Veräußerung eines Geschäftsanteils beschränkt, welche ein Gesellschafter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vornimmt. Für den Uebergang eines Geschäftsanteils im Zwangsverfahren ist demnach die Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich.[3])

Und in dieser Hinsicht ist der Zwangsvollstreckung unbedenklich das Konkursverfahren gleich zu stellen, weil

[1]) In § 212 H. B. G. die Regel, im österr. Ges. (§ 8 II) gesetzliches Erfordernis, siehe auch S. 16, Anm. 1.

[2]) Eingehende Begründung in O. L. Bd. 17, S. 340, bestätigt durch R. G. in J. W. 1909 S. 27, Recht 1909 Nr. 747, S. A. Bd. 64 Nr. 145, dazu gleichlautende E. f. d. Act. Recht (§ 212) in R. G. Bd. 37 S. 140. Staub hat seine geg. Ansicht in III. Aufl. Exc. zu § 15 A. 17 fallen gelassen.

[3]) Das österr. Gesetz hat den Versuch einer Versöhnung der Interessen der Gesellschaft und der Gläubiger gemacht. Näheres darüber im Gesetz (§ 76), Juristenzeitung 1912 S. 1074 und Juristentag Bd. 31 S. 231.

auch hier die zwangsweise Verwertung der Masse durch den Konkursverwalter kraft Gesetzes und unabhängig vom Willen des Gemeinschuldners (Gesellschafters) im Interesse der Gläubiger erfolgt.[1])

II. Hauptteil: Die Nachschussleistung,

I. Abschnitt.

§ 9. A. Die Voraussetzungen der Nachschussleistung.

1. Die Voraussetzungen, wie sie für die Nebenleistung erfordert sind, treffen auch für die Nachschussleistung zu. Davon ist als wichtigste hervorzuheben, dass der Gesellschaftsvertrag eine dahingehende Willenserklärung der Gesellschafter aufweisen muss, falls gemäß § 26 I Nachschüsse von ihnen rechtlich verlangt werden können.

Die Bestimmung der Zulässigkeit der Nachschussleistung braucht nicht den Wortlaut des Gesetzes zu haben.[2])

Es kommt lediglich auf den im Gesellschaftsvertrag ausgedrückten Willen der Gesellschafter an. Trotzdem z. B. positiv von „Nachschüssen" die Rede ist, können Anhaltspunkte ergeben, dass es sich nicht um eine echte Nachschusspflicht handelt, sondern daß Nebenleistungen nach § 3 II gemeint sind. So etwa, wenn die Fälligkeit lediglich von der Einforderung eines Gesellschaftsorganes abhängt, oder wenn die „Nachschüsse" nur von einem Teil der Gesellschafter zu erbringen sind.[3])

---

[1]) Siehe Anmerkung 2 auf S. 54.

[2]) Merzbacher § 26 A. 3 vgl. auch R. G. Bd. 70 S. 330.

[3]) vgl. dazu unten.

2. Der Gesellschafterbeschluss. Auch wenn in den Gesellschaftsvertrag — sei bei Abschluss desselben, sei auf Grund nachträglicher Abänderung — die Zulässigkeit der Einforderung von Nachschussleistungen aufgenommen ist, so ist die Gesellschaft nicht berechtigt, ohne weiteres Nachschüsse von den Gesellschaftern zu verlangen. Denn das Gesetz stellt noch ein zweites Erfordernis hierfür auf, indem es zur Einforderung der Nachschüsse einen Beschluss der Gesellschafter verlangt. (§ 26 I).

Demnach kann dies Erfordernis nicht durch eine Vorschrift im Vertrage ausgeschaltet werden, nach welcher die Nachschüsse mit dem Eintritt eines gewissen Ereignisses von selbst ohne vorherige durch die Gesellschafter erfolgende Beschlussfassung über ihre Einforderung fällig werden sollen.[1]) Es steht im freien Belieben der Gesellschafter, ob und wann sie den Beschluss fassen wollen. Die Nachschussleistungen sind also doppelt fakultativ und zwar für die Gesellschaft. Gläubiger der Gesellschaft können den Einforderungsbeschluss nicht erzwingen noch die Nachschusspflicht der Gesellschafter selbständig geltend machen oder die Geltendmachung durch die Gesellschaft verlangen. Im Konkurs der Gesellschaft hat auch der Konkursverwalter, falls nicht die Einziehung von Nachschüssen bereits beschlossen ist, kein Recht Nachschüsse zu fordern.[2])

Hinsichtlich der Beschlussfassung gelten in erster Linie die Bestimmungen des Statuts. (§ 45 I). In Ermangelung solcher finden die Vorschriften der §§ 46 ff Anwendung. Danach ist einfache Stimmenmehrheit genügend und zwar gewähren je 100 Mk. eines Geschäftsanteils eine Stimme. (§ 47 II).

[1]) Förtsch S. 72.
[2]) Par.-Crüg. § 26 A. 2.

Die Beschlussfassung geschieht im allgemeinen in Versammlungen, die von den Geschäftsführern berufen werden. (§ 48 I, 49 I). Es bedarf jedoch einer Versammlung nicht, wenn sämtliche Gesellschafter sich schriftlich mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen (hier genügt wieder Stimmenmehrheit) einverstanden erklären. (§ 48 II).

Dass die Beschlussfassung über die Einforderung der Nachschüsse nicht einem anderen Organ, den Geschäftsführern oder dem Aufsichtsrat, übertragen werden kann, ist schon in der Begründung des Gesetzes hervorgehoben worden, weil „eine solche Uebertragung mit der Wichtigkeit und auch mit dem rechtlichen Charakter der Massnahme nicht in Einklang steht".

Eine solche Bestimmung würde nichtig sein (R. G. Bd. 70 S. 326). Ob aber diese nichtige Bestimmung die Nichtigkeit der Bestimmungen über die Nachschusspflicht überhaupt nach sich ziehe, ist streitig. Die Entscheidung hängt davon ab, ob man in der gesetzlichen Vorschrift, dass die Gesellschafter die Nachschüsse beschließen, einen wesentlichen Teil der Bestimmungen über die Nachschusspflicht sieht oder nicht. Letzterenfalls tritt an die Stelle einer nichtstatutarischen Bestimmung die ergänzende Vorschrift des Gesetzes und danach hat die Einforderung der Nachschüsse ohnehin durch das oberste Organ, die Gesellschafter, zu erfolgen. Das Reichsgericht (Bd. 70 a. a. O.) erklärt, daß es zum Wesen der Nachschusspflicht, wie sie in § 26 I umschrieben ist, gehört, dass im Vertrag nur den Gesellschaftern die Einforderung überlassen werden kann. Denn schon in der Begründung derselben Bestimmung in § 26 des Entw. I stehe wörtlich, daß unter allen Umständen ein Beschluss der Gesellschafter gefordert wird. In der Begründung zum Entw. II finden sich diese Sätze wieder und begegneten auch in der Kommissionsberatung keinen Bedenken. Damit stehe als Wille des Gesetzes fest, dass nur der Gesellschaft ein Recht

zur Einforderung von Nachschüssen eingeräumt werden könne. Dies sei zwingendes Recht und den Nachschüssen eigentümlich.[1])

Lebhaft erörtert wird auch die Frage, ob der Beschluß der Gesellschafter für die Existenz der Nachschusspflicht eine zweite Voraussetzung bildet oder nur eine Bedingung ist für die Geltendmachung der an und für sich vorhandenen Nachschussverpflichtung.

Hierbei ist es von grosser Bedeutung, daß man klar unterscheidet einmal die Verpflichtung zu Nachschussleistungen, die kraft der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag besteht, die Nachschusspflicht in abstracto[2]) oder die Möglichkeit künftig Nachschüsse zu erhalten, die Nachschüsse im gewöhnlichen Sprachgebrauch; auf der anderen Seite die Nachschusspflicht in concreto, die Nachschüsse im juristischen Sinn, die Realisation der bisher nur möglichen Nachschusspflicht, kurz die beschlossenen Nachschüsse.

In die Augen fallend ist der soeben gemachte Unterschied, wenn bei der Ges. mit unbeschränkter Nachschusspflicht ein diesbezüglicher Beschluß gefasst wird.

Unbeschränkt sind die abstrakten Nachschüsse, der Gesellschafterbeschluss bestimmt jeweils die Höhe der einzelnen Posten der konkreten Nachschüsse.

Danach kann man sich der Auffassung der Motive I (S. 72) unbedenklich anschliessen, dass „es sich bei dem Beschluss nicht wie bei den Stammeinlagen um die Geltendmachung einer bereits begründeten Forderung handelt, sondern um die Bedingung, von welcher die Entstehung der Forderung selbst abhängig ist.“[3])

Dasjenige Moment, dem die Pflicht zu Nachschüssen im Grunde ihre Entstehung verdankt, ist die Fassung des Gesellschafterbeschlusses. Sind im Vertrag die Nachschüsse

[1]) Ebenso Par-Crüg. § 26 A. 2, a. A. Staub § 26 A. 9.
[2]) Rehm S. 116, Neuk. S. 101.
[3]) Ebenso Staub § 26 A. 7, Birk., S. 146, Förtsch S. 71, Liebmann S. 79, Cosack S. 640, A. A. Par-Crüg § 26 A. I.

zugelassen, so muss die Gesellschaft einen darauf zielenden Gesellschafterbeschluss zulassen, die Gesellschafter haben das Recht einen solchen zu fassen. Die durch den Vertrag bisher nur mögliche Nachschussforderung wird erst durch den Beschluss realisiert. Jetzt können die Gesellschaftsgläubiger den Anspruch pfänden und nun kann der Konkursverwalter die Forderung einziehen.

Der Beschluss geht dahin, dass Nachschüsse eingefordert werden sollen. Es steht völlig im Belieben der Gesellschafter, wie sie im Beschluss das weitere bestimmen, in welchem Umfang, unter welchen Umständen und in welcher Weise die Einforderung resp. die Einzahlung erfolgen soll. Nur das Gesetz und der Gesellschaftsvertrag setzt hierfür Schranken.

3. Die Volleinforderung der Stammeinlagen.

(Eventualvoraussetzung.)

In der Regel muss noch eine dritte Voraussetzung gegeben sein, damit Nachschüsse eingefordert werden können: Die Stammeinlagen müssen bereits in ihrer vollen Höhe eingefordert worden sein. (arg. e contrario aus § 28 II.) Dies folgt auch aus § 27 I, weil dort verlangt wird, dass die Stammeinlagen volleingezahlt, daher auch voll eingefordert worden sind, bevor ein Gesellschafter bei Einforderung der Nachschüsse das Abandonrecht, das ihm nicht beschränkt noch entzogen werden darf, ausüben kann.

Vorausgesetzt ist aber nur die Einforderung der ganzen Stammeinlage, sie brauchen nicht schon voll eingezahlt zu sein.

Die Einforderung und Einziehung von Nachschüssen ist zulässig, ohne dass eine Volleinforderung der Stammeinlagen vorausgegangen ist, wenn nachstehende Bedingungen vorliegen:

a) Die Nachschusspflicht muss auf einen bestimmten Betrag beschränkt sein oder sie ist zwar unbeschränkt, doch die Nachschüsse haben eine im Vertrag festgesetzte Grenze, bei deren Ueberschreitung erst das Abandonrecht zugebilligt wird, noch nicht erreicht;

b) auf die Nachschüsse müssen im Falle verzögerter Einzahlung die Vorschriften §§ 21—23 in ihrem ganzen Umfang entsprechende Anwendung finden. Das bedeutet, dass sie in solchem Falle einen unbedingt erzwingbaren Anspruch der Gesellschaft bilden;

c) die Zulässigkeit der Einforderung der Nachschüsse vor Einforderung der Stammeinlagen muss noch ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen sein.

§ 10. B. Die Nachschussleistung als Unterscheidungsmerkmal der verschiedenen Arten der Gesellschaften mit beschr. Haftung.

Das Nachschussystem ist der G. m. b. H. nicht wesentlich und daher nicht das eigentliche Charakteristikum dieser Gesellschaftsform. Denn die Nachschüsse „können" bei ihr vorkommen (§ 26 I).

In gerechter Würdigung der mannigfach gestalteten Verkehrsverhältnisse hat der Gesetzgeber eine für alle Gesellschaften geltende einheitliche Lösung der Bedürfnisfrage vermieden, da nach der Natur des einzelnen Unternehmens zu beurteilen ist, ob die Festsetzung einer Pflicht zu Nachschussleistungen angebracht erscheint oder nicht. (Mot. I S. 38 ff.) Deshalb bleibt die Regelung der Frage, ob der Gesellschaft die Möglichkeit, Nachschüsse zu verlangen, im Vertrage eingeräumt und bis zu welchem Höchstbetrag,

bezw. ob nicht völlig unbeschränkt, dieses Recht ihr zugestanden werden soll, im freien Belieben der Gesellschafter.

Daraus ergibt sich die Möglichkeit, die Gesellschaften je nach dem Vorkommen der Nachschusspflicht zu unterscheiden.

Die oberste Einteilung ist die in solche mit Nachschüssen und solche (aus dem Rahmen unserer Abhandlung völlig ausscheidende) ohne Nachschusspflicht. Da es ausserdem den Gesellschaftern frei steht, den Umfang der Nachschussleistung im einzelnen zu bestimmen, so ergeben sich mit Beziehung auf die Art der Nachschussleistung zwei Gruppen von Gesellschaften:

I. Gesellschaften, denen die Möglichkeit gegeben ist, ihr Stammkapital durch Nachschüsse in unbeschränkter Höhe zu vermehren.

II. Gesellschaften, die ihr Stammkapital durch Nachschussleistungen erhöhen können, deren Höhe aber insgesamt einen im Vertrag festgesetzten Betrag nicht überschreiten darf.

Je nachdem die eine oder die andere Art der Nachschusspflicht gewählt wird, ergeben sich wesentliche Unterschiede. Vor allem war der Gesetzgeber bestrebt nach dem Umfang, den die Nachschussleistungen bei den einzelnen Gesellschaftsarten annehmen können, auch die Rechte der Gesellschafter entsprechend zu bemessen. Berücksichtigt man bei der Einteilung der Gesellschaften auch noch diese Rechte, so ergeben sich zwei Unterabteilungen für die obige Einteilung.

Als Unterabteilung zu I:

1. Gesellschaften mit dem unbeschränkten Abandonrecht, (§ 27 I) — dieser Gesellschaftsart wesentlich;

2. Gesellschaften mit dem Abandonrecht, doch nur, wenn die Nachschussleistungen eine bestimmte Höhe überschreiten. (§ 27 IV, § 28 I S. 2).

Als Unterabteilung zu II:

1. Gesellschaften ohne Abandonrecht — wofür die gesetzliche Vermutung spricht (§ 28);
2. Gesellschaften mit dem Recht des Abandon oder sonstigen zugestandenen Befugnissen, sofern diese im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind. (§ 28 I S. 1.)

Die Nachschussleistung ist nur eine fakultative Einrichtung. Daher hängt das Vorhandensein und ihre Ausgestaltung stets vom Belieben der Gesellschafter ab. Daraus folgt, dass die Gesellschafter schon bei Errichtung der Gesellschaft im Vertrag die Nachschusspflicht festsetzen können, sie können sie erst später zu jeder Zeit neu einführen; sie können die bereits aufgenommene Nachschusspflicht wieder beseitigen.

Ebenso hängt es von ihrem Belieben ab, die unbeschr. Nachschusspflicht in die beschränkte umzuwandeln und umgekehrt; das Abandonrecht, soweit es freier Vereinbarung unterliegt (nicht so in § 27 I), von den Nachschüssen loszulösen oder es zu beschränken oder damit neu zu verbinden.

Das Gesetz bietet für die Behandlung der Umwandlung einer Gesellschaftsform in die andere nur eine einzige Handhabe. Es bestimmt in § 53 III: „Eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen kann nur mit Zustimmung sämtlich beteiligter Gesellschafter beschlossen werden."

Danach entscheidet sich, ob für die Umwandlung, die

natürlich eine Statutenänderung ist und eine solche erfordert Einstimmigkeit[1]) nötig ist oder ob dazu schon Stimmenmehrheit genügt.

Hat die Umwandlung eine Vermehrung der Leistungen zur Folge, so bedarf es der Stimmeneinhelligkeit, sonst nur der Stimmenmehrheit. Die Entscheidung ist also darauf abzustellen, ob es sich um eine Vermehrung der Leistungen handelt oder nicht.

Das Extrem, über das Zweifel nicht bestehen können, stellen zwei Fälle dar: eine Entbürdung der Gesellschafter bedeutet es, wenn die Nachschusspflicht ganz beseitigt wird, eine stärkere Inanspruchnahme, wenn sie erst neu eingeführt werden soll.

Ebenso sicher werden die Leistungen vermehrt, wenn die einmal festgesetzte Grenze weiter gesteckt wird, was sowohl für die absolut beschr. Nachusspflicht gilt wie für die unbeschränkte hinsichtlich der Limitierung des Abandonrechts. Umgekehrt ist es eine Entlastung, wenn bei diesen beiden Gesellschaften der festgesetzte Höchstbetrag niedriger bestimmt wird.[2])

Auch bei dem Fall, dass eine Ges. mit unbeschr. Nachschusspflicht doch mit bis zu einem Betrag erzwingbaren Nachschüssen in eine Ges. mit absolut gleichhoch beschr. Nachschussleistungen umgewandelt wird, handelt es sich zweifellos um eine Minderung der Leistungen, im umgekehrten Falle um eine Vermehrung. Die letzte Variation ist die, dass eine Ges. mit beschr. Nachschusspflicht über-

[1]) Vorausgesetzt, dass die Nachschussleistung nur allen Gesellschaftern zugleich obliegen kann, näheres darüber unten.

[2]) Logisch gehören diese zwei Fälle nicht hierher, denn die Gesellschaft behält ihr Wesen hinsichtlich der Nachschussleistung; nur der Vollständigkeit halber seien sie angeführt.

geführt wird in eine solche, bei der die Nachschüsse an keine Grenze gebunden sind und umgekehrt. Birkenbihl[1]) begründet seine Ansicht einer Verminderung der Leistungen (bezw. Vermehrung) damit, dass, wenn die Gesellschafter auch nach dem früheren Statut unbeschränkt nachschusspflichtig waren, sie doch die Wohltat des Abandons genossen haben, deren sie nun verlustig gehen würden. Ausserdem würden nun (in dubio) die Vorschriften §§ 21 bis 23 gelten. Wir sind der Meinung, dass lediglich der Umstand einer Vermehrung der Leistungen wesentlich ist, nicht darauf darf es ankommen, ob die Nichtleistung andere, ungünstige Folgen nach sich ziehen kann.[2])

Das Gesetz hat seine Bestimmung doch nur für den Normalfall getroffen, dass die Gesellschafter die ihnen nach Gesetz und Statut obliegenden Leistungen auch tatsächlich erbringen werden.

Aber seine Bestimmung auch zum Schutze der Gesellschafter auszulegen, wenn sie sich den Leistungen entziehen wollen, die sie doch selbst einmal übernommen haben, das geht doch nicht an.

[1]) Birk, S. 147—48.

[2]) Vgl. Staub § 26 A. 3. Par-Crüg § 26 A. 1 will keine allgemeinen Grundsätze aufstellen. Nach ihm sollen die besonderen Verhältnisse entscheiden. Das führt aber dahin, dass dann nur der Beteiligte imstande ist darüber zu entscheiden, ob sich seine Lage günstiger oder schlechter gestaltet. Ausserdem ist diese Ansicht mit dem Wortlaut des § 53 III nicht ohne äusserst extensive Interpretation vereinbar.

II. Abschnitt.

§ 11. A. Die Zweckbestimmung der Nachschussleistung.

Bei den Aktien-Ges. fast aller europäischen Staaten[1]) hat das eigentümliche Dogma von der begrenzten Deckung und Zuschusspflicht des Aktionärs gesetzliche Anerkennung und Sanktionierung gefunden. Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist das durch den begrenzten Beitrag der einzelnen aufgebrachte Kapital und Vermögen der Gesellschaft vielfachen zum Teil lästigen Schutzvorschriften unterworfen. Eine so geartete Gesellschaftsform ist aber für solche Unternehmungen ungeeignet, bei denen wechselnde Umstände eine freiere Beweglichkeit des vorhandenen Kapitals wünschenswert erscheinen lassen.

Bei Schaffung der G. m. b. H. hat der Gesetzgeber diesem Bedürfnis insoweit Rechnung getragen, als er bei ihr die Möglichkeit gewährt, die auch hier unvermeidliche und hart empfundene Gebundenheit des Stammkapitals dadurch abzuschwächen, dass er der Gesellschaft gestattet, von ihren Mitgliedern über den Betrag der Stammeinlage hinaus weitere Einzahlungen, Nachschüsse einzufordern.

Das Bedürfnis der Elastizität des Gesellschaftsvermögens ist eine wohlbekannte Tatsache. Bald ist es begründet in der Natur des Unternehmens (eine Gesellschaft befasst sich mit Handelsartikeln, die sich einer stetig wachsenden Konjunktur erfreuen oder mit Saisonartikeln, wo dann an das Gesellschaftskapital bald die höchsten Anforderungen gestellt werden und bald darauf das angesammelte Kapital auf seinem Umlaufskreis, ohne Nutzen zu bringen, still liegt.) Bald ist es erwünscht für ein Unternehmen eine Kapital-

[1]) Hold. Mon. 1897 S. 51 ff.

aufwendung zu machen, ohne dass auch sobald Wirkungen und Nutzen daraus zu erwarten wären. (Patentverwertungsgesellschaft.) Man arbeitet hier für künftige, fernliegende Zwecke. Das Stammkapital hierfür zu verwenden, ist zu umständlich, da die Aufwendungen doch wieder durch den sich einstellenden Nutzen wett gemacht werden.

Andererseits können aussergewöhnliche Umstände, wie Verluste etc., die alsbaldige leichte Aufbringung von weiteren Mitteln erheischen.

Für alle diese Fälle ist die Aktien-Ges. mit ihrem starren, nur schwerfällig veränderbaren Stammkapital eine völlig ungeeignete Gesellschaft. Diesen Bedürfnissen gerecht zu werden, ist bei der G. m. b. H. das Nachschusssystem eingeführt. Die Nachschüsse sollen das Gesellschaftskapital, wenn notwendig, vermehren; falls ein Ueberfluss an Mitteln vorhanden ist, kann dieser durch Verteilung in Form der Rückzahlung der Nachschüsse behoben werden. Das Verfahren für die Einziehung der Nachschüsse sowie für ihre Rückzahlung ist im Verhältnis zur Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals bei der Aktien-Ges. viel einfacher und die Vorschriften sind weniger streng. Natürlich auch, denn bei dem geplanten innigen Zusammenhang der beschr. haftenden Mitglieder mit der Gesellschaft schien eine gleiche Behandlung des Gesellschaftsvermögens wie bei der Aktien-Ges. besonders schädlich zu sein und jede Massregel zur leichteren Bewältigung der Schwierigkeiten in der Kapitalfrage musste die Beliebtheit und Anwendung unserer Gesellschaftsform nur steigern. Daraus erklärt sich auch die Tatsache, dass hinsichtlich der Verwendung der eingezogenen Nachschüsse der Gesellschaft vollkommen freier Spielraum gelassen wird.

Durch ihren Zweck, dem Interesse der Gesellschaft, nicht aber dem der Gläubiger zu dienen, unterscheiden sich die Nachschussleistungen bei der G. m. b. H. somit wesentlich von denen bei der eingetr. Genossenschaft. (G. G. §§ 105 ff. und oben S. 4.)

§ 12. C. Das Wesen der Nachschüsse.

Das Gesetz definiert die Nachschüsse „als weitere Einzahlung über den Betrag der Stammeinlage hinaus". (§ 26 I).

Sie sind also Einzahlungen d. h. in Geld zu leistende Einlagen, welche n i c h t zu den Stammeinlagen gehören. Da nun aber der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen muss (§ 5 III), so folgt daraus, dass die Nachschüsse nicht Teile des Stammkapitals sein können. Vor allem wegen ihrer Zweckbestimmung, eine freiere Beweglichkeit des Gesellschaftsvermögens herbeizuführen[1]) kann den Nachschüssen ein wesentlich anderer Charakter als den Stammeinlagen beigelegt werden.

Stammkapital muss jede Gesellschaft haben. Die Bestimmungen über seine Zusammensetzung und Aufbringung sind ein Essentiale des Gesellschaftsvertrages. (§ 5). Ja eine Gesellschaft kann überhaupt erst zur Existenz kommen, nachdem ein Viertel der Stammeinlagen eingezahlt ist. Denn ohne Nachweis darüber, dass diesem Erfordernis Genüge getan ist, darf eine Gesellschaft ins H.-Reg. nicht eingetragen werden. (§ 8 u. 7).

Die Aufnahme einer Pflicht zu Nachschussleistungen dagegen ist Gegenstand freier Vereinbarung der Gesellschafter, sie ist — wenn sie sich vorfindet — ein Accidentale des Gesellschaftsvertrages.

Die Stammeinlageverpflichtung beruht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag. Die Nachschüsse verdanken ihre Entstehung einem Gesellschafterbeschluss, der seinerseits voraussetzt, dass die Zulässigkeit der Einforderung von Nachschüssen im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen ist.

[1]) Die Mot. I S. 77 ff. denken sie sich als leicht zurückzahlbares Stammkapital.

Das Stammkapital bildet die Grundlage der Creditgewährung. Deshalb wird über seine Höhe bei der Veröffentlichung, durch welche die Eintragung der Gesellschaft bekannt gegeben wird, Aufschluss gewährt § 12 II. Es ist ein Befriedigungsobjekt und ein Sicherheitsfonds für die Gläubiger; daher bestehen zu deren Schutz mit Beziehung auf das Stammkapital eine Reihe zwingender Vorschriften.[1])

Bei Behandlung des durch die Nachschussleistung aufgebrachten Gesellschaftsvermögens durch den Gesetzgeber trat die Rücksichtnahme auf Sicherung der Gläubiger ganz in den Hintergrund. (Vgl. Rückzahlung). Stellen doch die Nachschüsse nur eine Vermehrung des Betriebskapitals dar, lediglich im Interesse der Gesellschaft eingezogen.[2])

Da die Nachschüsse demnach keine Garantien für die Interessen der Gesellschaftsgläubiger bilden, so können sie für die Beurteilung der Creditfähigkeit nicht in Betracht kommen. Die Nachschusspflicht wird nicht veröffentlicht noch in der Firma bekannt gemacht (wie bei den eingetr. Genossenschaften), auch nicht die Höhe der eingeforderten noch der eingezahlten Nachschüsse (ausser bei Ges., die Bankgeschäfte betreiben).

Die Nachschussleistungen können in ihrer Totalität eine unbegrenzte Höhe erreichen (unbeschr. Nachschusspflicht), was bei den Stammeinlagen ganz ausgeschlossen ist.

Sie unterscheiden sich auch durch den Gegenstand der Leistung.

[1]) Kein Erlass (ausser bei Kapitalsherabsetzung), keine Stundung, kein Zurückbehaltungsrecht an ihnen, keine Aufrechnung gegen sie. (§ 19 II.)

[2]) Staub § 26 A. 1, Merzb. § 26.

Die Nachschüsse können nur in Geld[1]) bestehen, was sich aus ihrem Zweck und ihrer rechtlichen Behandlung[2]) ergibt. Die Stammeinlagen sind Einlagen, die in Geld und anderen Vermögenswerten bestehen können (§ 5 IV).

In zwei Beziehungen sind die Nachschüsse allerdings geeignet, die Stammeinlagen zu vertreten, zu ersetzen. Sie „gelten" insoweit dann als Stammeinlagen:

§ 30 II S. 1: Es dürfen die Nachschüsse nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sein: insoweit dies Erfordernis besteht, ist die Rückzahlung der Nachschüsse ausgeschlossen;

§ 30 II S. 3: Die Rückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals ist unzulässig, (wenn die Einforderung der Nachschüsse vor Volleinforderung der Stammeinlage im Vertrag festgesetzt ist).

In diesen beiden Fällen tritt deutlich zu Tage, dass sie gewissermassen leicht zurückzahlbare Stammeinlagen sind. Im letzten Falle ist die Bezeichnung „Nachschüsse" an sich unkorrekt, weil sie schon vor Volleinzahlung der Stammeinlagen eingezogen werden können bezw. eingezogen sind.

Obwohl sie weder zu den Stammeinlagen noch zum Stammkapital gehören, stellen sie doch einen Teil des Gesamtvermögens der Gesellschaft dar. Nachschusskapital und Stammkapital bilden beide das Kapital-Grundstockvermögen der Gesellschaft, beide sind Leistungen aus dem Vermögen der Gesellschafter in das der Gesellschaft zu

[1]) Nicht bloss im Währungsgeld d. h. gesetzlichen Zahlungsmitteln, sondern auch in anderen Leistungsmitteln, die nach allgemeiner Verkehrsgewohnheit d. h. nach ihrer wirtschaftlichen Bewertung im Verkehr als Geldeswert betrachtet werden, sog. Zahlungssurrogate, die jederzeit mit zweifelloser Sicherheit in bares Geld umgesetzt werden können (Wechsel, Checks, Wertpapiere etc. Vgl. R. G. Bd. 41 S. 122, bes. R. G. Strf. Bd. 36 S. 186, Bd. 32 S. 82.)

[2]) § 30 II **Rückzahlung**, **Bilanz** § 42, **Einzahlung** § 26 I.

Zwecken der Gesellschaft. Das Stammkapital ist ein gedachtes Vermögen (Sollvermögen), das wirkliche Gesellschaftsvermögen umfasst auch die beschlossenen Nachschüsse.

Die Nachschüsse bilden auch einen Teil der Gesamteinlage des Gesellschafters, welche er gleichfalls in seiner Eigenschaft als Gesellschafter leistet. Sie sind also Gesellschaftsleistungen und beruhen auf dem Mitgliedschaftsverhältnis. Daher wechseln sie mit dem Inhaber des Geschäftsanteils, an dem sie haften, auch ihren Träger (vgl. oben unter Nebenleistung S. 20 ff).

Die Nachschüsse unterscheiden sich auch wesentlich von einem an die Gesellschaft gegebenen oder von ihr zwangsweise erhobenen Darlehen.[1]) Nicht nur insofern, als der Gesellschafter, wenn die nötigen Vorbedingungen erfüllt sind, gezwungen ist nachzuschiessen (Gegs. zu gegebenen Darlehn), sondern auch inbezug auf die Rückzahlung der einbezahlten Beträge. Es wird kein Schuldverhältnis zwischen Gesellschaft und den leistenden Gesellschaftern begründet, aus dem etwa den Gesellschaftern ein Anspruch auf Rückzahlung der Nachschüsse zustände, sei es unbedingt, sei es unter gewissen Umständen. Denn er erfüllt mit der Leistung des Nachschussbetrages nur eine ihm als Gesellschafter obliegende Pflicht, befriedigt eine der Gesellschaft gegen ihn zustehende, aus dem Mitgliedschaftsvertrag sich ergebende Forderung.[2]) Daraus folgt auch, dass der Gesellschafter im Konkurs der Ges. nicht etwa als Gläubiger wegen seiner geleisteten Nachschüsse auftreten kann.[3])

An dieser Stelle seien nur kurz die markantesten Unterscheidungsmerkmale[4]) gegen die Nebenleistung nach § 3 II gegeben.

[1]) Vgl. dazu Staub § 26 A. 1.

[2]) Par-Crüg S. 60.

[3]) Staub § 26 A. 1.

[4]) Die sonstigen Unterschiede ergeben sich aus der Gesamtaufstellung.

Anders als bei der Nachschusspflicht hat die Gesellschaft schon mit der Aufnahme der Nebenleistungspflicht in den Ges. Vertrag eine begründete Forderung auf diese Leistungen. Daraus ergibt sich auch, dass die Festsetzung der Verpflichtungen aus § 3 II Anhaltspunkte für die Modalität ihrer Erfüllung (mindestens bestimmbar) ergeben muss, während die nähere Regelung der einzelnen Nachschussleistungen gerade einem Gesellschafterbeschluss vorbehalten werden kann. Die Nebenleistung kann einen äusserst mannigfachen Inhalt haben, Nachschüsse sind stets Leistungen in Geld. Die Nebenleistungen brauchen weder gleichartig noch gleichmässig zu sein, die Nachschüsse werden nach Verhältnis der Geschäftsanteile geleistet. Der Unterschied gegeneinander ist so tiefgehend, dass es völlig ausgeschlossen erscheinen muss, die eine Leistung als Unterart der anderen zu bezeichnen[1])

II. Abschnitt.

§ 13. Die Einzahlung der Nachschüsse.

Sind die beiden Voraussetzungen der Nachschussleistung: die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung im Ges. Vertrag und der Gesellschafterbeschluss, vorhanden, so ist damit eine Forderung der Gesellschaft auf Leistung der Nachschüsse entstanden. Beschlossene Nachschüsse stellen somit ein Befriedigungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger dar.

Tatsächlich muss eine Einforderung noch voran gehen.[2]) Einmal folgt dies schon aus dem Wortlaut des § 26 I. Sodann spricht § 27 I (auch Abs. IV) davon, dass der Gesellschafter sich von der Zahlung des eingeforderten

[1]) Wie dies Hold. Wochenschr. G. m. b. H. Bd. 92 S. 47 tut.
[2]) Par-Crüg § 26 A. 2, Förtsch § 26.

Nachschusses dadurch befreien kann etc. Nach § 28 finden im Falle verzögerter Einzahlung der Nachschüsse die §§ 21 bis 23 Anwendung. Danach kann an den säumigen Gesellschafter eine erneute Aufforderung zur Zahlung erlassen werden. Der Gesellschafterbeschluss kann deshalb nicht eine Rechtslage schaffen, dass der Satz Anwendung findet: dies interpellat pro homine. Die Einforderung liegt den Geschäftsführern ob. (§ 35 ff.) Sie gilt als erfolgt, wenn der Gesellschafter schuldhaft ihr Zugehen verhindert hat.[1]

Leisten muss, wer zur Zeit der Fälligkeit Gesellschafter ist. Da der Zeitpunkt des Beschlusses und der der Einforderung auseinander fallen können, so ist nicht immer derjenige zu Nachschussleistungen verpflichtet, der an der Beschlussfassung über sie teilgenommen hat. Es kann nicht etwa nach § 16 III in Anspruch genommen werden ein Gesellschafter, wenn die Leistung bei Veräusserung des Anteils noch nicht eingefordert und daher nicht rückständig, weil noch nicht fällig war.

Kommt der Pflichtige in Verzug — im Gegens. zu § 20 ist hier Verschulden erfordert — so muss er Verzugszinsen zahlen, 4% evtl. 5%. Aufrechnung und Stundung ist zulässig. Ob ein Erlass zulässig ist, hebt das Gesetz nicht ausdrücklich hervor. Es ist hierbei davon auszugehen, dass durch den Beschluss das Recht der Gesellschaft auf die Nachschüsse entstanden ist.

„Sämtliche verfügbaren Mittel der Gesellschaft, zu denen auch ihre Forderungen gehören, haben unter allen Umständen zur Erhaltung des Stammkapitals zu dienen."[2]) Daher können die Gesellschaftsgläubiger die Nachschussleistungen als Befriedigungsobjekt in Anspruch nehmen und ein Erlass darf nicht — weil Verstoss gegen § 30 I — erfolgen, wenn eine Unterbilanz sich ergeben hat, die durch die als Aktivum sich darstellenden Nachschüsse ausgeglichen werden kann und soll.[3]) Die Einzahlung selbst hat

[1]) R. G. Bd. 58 S. 406, Bd. 60 S. 334.
[2]) Mot. II S. 3745, dazu Par.-Crüg. § 30 A. 2.
[3]) Staub § 26 A. 18.

nach Verhältnis der Geschäftsanteile zu erfolgen. (§ 26 II.) Die Motive[1]) führen hierzu aus, dass ein anderer Masstab, z. B. eine Umlage nach Kopfteilen, im Gesellschaftsvertrag oder durch den Beschluss der Gesellschafter nicht festgesetzt werden kann, da die Nachschüsse einen Teil der Gesamteinlage bilden und das Verhältnis für diese nur ein einheitliches sein könne.

Gegen die Ansicht, dass § 26 II zwingendes Recht enthalte, hat sich zuerst Hachenburg[2]) mit „beachtenswerten Gründen"[3]) gewandt. Seine Begründung wendet sich aber in erster Linie gegen die in den Motiven dargelegte Begründung der Gesetzesstelle. Zunächst ist unbekümmert um die Darlegung in den Mot. unmittelbar von dem Gesetz auszugehen, wenn man zu dieser Frage Stellung nehmen will.

Aus dem Wesen der Nachschüsse, dass sie in fast allen Beziehungen dem Willen der Gesellschafter unterliegen (ihre Entstehung, die Möglichkeit sie zu erlassen, zu stunden, gegen sie aufzurechnen, auf sie zu verzichten, die Haftung für sie zu erweitern und einzuengen), hat man[4]) die Absicht des Gesetzgebers hergeleitet, die Nachschüsse als vollkommen interne Angelegenheit der Gesellschaft auszugestalten. Und nur in dieser einen Hinsicht – der Bestimmung der Bemessung des Umfangs – solle der Gesellschaft eine Schranke gezogen sein? Greiner[5]) führt dann weiter aus, dass unter gewissen Umständen die Nebenleistungspflicht inhaltlich der Nachschusspflicht völlig gleichgestaltet werden könne (wenn auch sie von einem Gesellschafterbeschluss abhängig gemacht sei und in Geld bestehe) und eine gegen § 26 Abs. 2 verstossende und deshalb nichtige Regelung der Nachschusspflicht in eine Pflicht

[1]) Mot. II S. 3742.
[2]) Hold. Mon. 1904 S. 64 ff.
[3]) Neuk S. 94.
[4]) Greiner S. 36 ff.
[5]) Greiner S. 37, 38, im Anschluss an Hachenburg a. a. O.

zu Nebenleistungen nach § 3 II umgedeutet werden könne, und deshalb sei nicht anzunehmen, dass das Gesetz den Gesellschaftern die Möglichkeit nehmen wollte, auf direktem Wege zu einer freieren Regelung zu gelangen. Bei diesen Erwägungen hat er aber ganz ausser Acht gelassen, dass doch das Wesen dieser beiden Leistungen völlig verschieden ist, dass vor allem die Nachschüsse den Stammeinlagen näher stehen als den Leistungen aus § 3 II. Denn viele zunächst für die Stammeinlagen getroffene wesentliche Vorschriften können auch auf die Nachschüsse Anwendung finden. (§ 28. 27 IV). Ja die Nachschüsse vermögen die Stammeinlagen sogar zu vertreten (siehe oben S. 69). Warum will er denn diese freiere Regelung nur auf diese Punkte ausgedehnt wissen, nicht auch noch auf den Gegenstand und die Behandlung der Nachschussleistungen? Und wozu, muss man sich unwillkürlich fragen, hat denn der Gesetzgeber zwei doch gesondert behandelte Institute geschaffen, wenn die Bestimmungen des einen auch auf die des anderen soweit als möglich ausgedehnt werden sollen, weil Vergleichserwägungen ergeben, dass in ganz seltenen Fällen sich die Institute in — unwesentlichen — Punkten gleich sein können. Vor allem aber verstösst doch jede andere Bestimmung der Nachschussleistung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes.

Die Einzahlung muss also nach Verhältnis der Geschäftsanteile d. h. der Beteiligung an der Gesellschaft erfolgen. Der Anteil bestimmt sich nach dem Betrage der von ihm übernommenen Stammeinlage (§ 14), gleichgültig, ob sie schon geleistet ist oder nicht.

Entscheidend ist ihre bei der Gesellschaft angemeldete Höhe zur Zeit des Beschlusses. Die Höhe zur Zeit der tatsächlichen Einforderung kann ebensowenig massgebend sein wie etwa die ursprüngliche Höhe zur Zeit der Uebernahme bezw. Gründung der Gesellschaft, wenn eine Kapitalsherabsetzung stattgefunden hat.[1]) Denn mit dem Be-

[1]) Liebmann § 26 A. 4.

schluss ist die Forderung entstanden, zu diesem Zeitpunkt spätestens[1]) muss ihr konkreter Umfang bestimmbar gewesen sein. In keinem Falle könnte der Willkür der Geschäftsführer die Festsetzung der Höhe der Leistungen überlassen werden. Die Stammeinlagen der Gesellschafter können gleich gross sein. Im Resultat ist es hier gleich, ob die Nachschussumme nun nach Kopfteilen verteilt wird oder nach Verhältnis der Anteile. Sind sie ungleich, so bestimmt man[2]) die Höhe nach irgend einem Geschäftsanteil.[3]) Drei Möglichkeiten sind denkbar: Sie kommt ihm gleich, sie ist ein Mehrfaches oder eine Quote desselben.[4]) Rechnerische Schwierigkeiten können sich nicht ergeben, da ja der Stammeinlagebetrag stets durch 100 teilbar sein muss. (§ 5).

Mit der Frage, ob § 26 II zwingendes Recht enthält oder nicht, ist nicht zugleich entschieden, ob die Nachschüsse nun a l l e n Gesellschaftern zugleich obliegen müssen, m. a. W. die zwingende Natur des § 26 erstreckt sich auf die Bemessung der Nachschüsse für d i e Geschäftsanteile, mit denen die Nachschusspflicht verbunden ist. Wenn sie überhaupt vorkommt, muss sie sich dann auf alle Gesellschafter erstrecken? Das Gesetz und die Motive geben hierzu keine Anhaltspunkte. Wir müssen deshalb auf die Nachschusspflicht, ihre Entstehung und Regelung sowie auf ihre Natur zurückgehen.

---

[1]) Es könnte auch schon im Vertrag für den Einzelfall die Höhe festgelegt sein, sodass jeweils nur der Beschluss zu erfolgen hat.

[2]) Die Gesellschafter im Beschluss oder eine Bestimmung im Vertrag.

[3]) Gegen S t a u b, der Fixierung des Gesamtnachschussbetrages auch bei verschieden hohen Stammeinlagen für zulässig erklärt, sprechen sowohl die Mot. I S. 58 als auch die meisten Kommentare (P a r - C r ü g., M e r z b., E s s e r, F ö r t s c h).

[4]) M o t. 1 S. 58.

Aus der ganzen Entstehungsgeschichte[1]) unseres Gesetzes geht klar hervor, dass bei Schaffung dieser neuen Gesellschaftsform die bergrechtliche Gewerkschaft als Vorbild vorschwebte, die Nachschusspflicht ist gerade aus dem Gewerkenrecht übernommen. Hier erstreckt sich aber die Zubusspflicht auf alle Gewerken.

Zu welchem Zwecke soll es zur Entstehung der Nachschussforderung erst eines Gesellschafterbeschlusses bedürfen, der schwerfälligen Tätigkeit des Hauptorganes der Gesellschaft, wenn nur ein einziger Gesellschafter zu Nachschüssen — beschränkt und unbeschränkt! — verpflichtet ist? Statt eine Schutzwehr gegen die Uebermacht zu sein, wird er gerade das Gegenteil, ein Erdrückungsmittel gegen die Minderheit.

Haben die Nachschüsse noch Sinn und praktischen Wert, wenn sie einem auferlegt werden?

Soll das freiere Stammkapital von einem aufgebracht werden? Und spricht nicht schon die Wortbedeutung für unsere Annahme? Bedeutet doch die Leistung eine Ergänzung der Stammeinlagen, zu denen alle Gesellschafter verpflichtet sind. Nach alledem kann ohne Bedenken angenommen werden, dass die Nachschusspflicht nur allen Gesellschaftern — oder keinem — auferlegt werden kann.[2])

Was den Umfang der Einzahlungen angeht, so erleiden die in Aussicht genommenen Nachschussleistungen eine Einschränkung durch die Konkurseröffnung und die Liquidation. Wie oben bereits ausgeführt (S. 37 f.), verändern diese den Zweck der Leistung. Was dort für die Nebenleistung gesagt ist, gilt hier entsprechend; so sehr, dass auch ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafter, die Einforderung habe in voller Höhe zu erfolgen, für die Liquidatoren nicht verbindlich sein könnte.[3]) Im Konkurs

[1]) Par-Crüg S. 57.

[2]) Das österr. Ges. bestimmt in § 72 III ausdrücklich, dass die Nachschüsse von sämtlichen Gesellschaftern zu leisten sind.

[3]) R. G. Bd. 59 S. 59, Neuk. § 69 2 a.

ist die Pflicht zu den Leistungen weitergehend oder nicht, je nachdem die konkursmässige Verwertung der bei der Eröffnung vorhandenen Masse günstiger oder ungünstiger ausfällt, die Gesellschaftsschulden und die Kosten des Verfahrens umfangreich sind oder nicht.[1])

Wirkung der Einzahlung.

Mit der Einzahlung des eingeforderten Nachschussbetrages erlischt das zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bestehende Schuldverhältnis. Irgend welche Ansprüche entstehen für die Gesellschafter aus der blossen Leistung nicht, denn sie haben ja nur eine Verpflichtung erfüllt.

Die Nachschussleistung ändert an dem Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter an dem Vermögen der Gesellschaft nichts. Denn für die Gewinnverteilung ist und muss ein fester Masstab gegeben sein und als solcher ist das Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander bestimmt. Der Geschäftsanteil, der die Rechtsposition[2]) des Gesellschafters, seine Mitgliedschaft: seine Rechte und Pflichten darstellt, wird aber bestimmt durch die Stammeinlagen. Zu diesen gehören die Nachschüsse nicht.

Für die Gesellschaft bedeuten die eingezahlten Nachschüsse einen Zuwachs an Vermögen. Daher sind sie auch gemäss § 42 in die Bilanz aufzunehmen, (näheres darüber unten.)

§ 14. Die Rückzahlung.

Entsprechend dem Wesen der Nachschüsse kann die Gesellschaft in jeder Hinsicht frei über sie verfügen. Nur

[1]) Wilmowski, Anhang Konk. über G. m. b. H. und die dort cit. R. G. E.

[2]) Staub § 14 A. 10.

in einer Beziehung, soweit die Rückzahlung in Frage kommt, sind ihr hierin Schranken gezogen. Den berechtigten Interessen der Gesellschaftsgläubiger wird durch die Zulassung der Rückzahlung der Nachschüsse nicht nahegetreten. Können sie doch als Grundlage des Credits überhaupt nicht in Betracht kommen und bilden sie doch nur den beweglichen Teil des Gesellschaftsvermögens. Einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Nachschüsse haben die Gesellschafter zunächst nicht. Selbstverständliche allgemeine und erste Voraussetzung ist ein Beschluss dahin, dass Nachschüsse zurückgezahlt werden sollen. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt, haben über die Rückzahlung die Gesellschafter mit einfacher Stimmenmehrheit zu beschliessen. Die Beschlussfassung kann wirksam und gültig den Geschäftsführern oder sonst einem Organ der Gesellschaft überlassen werden.[1]) Denn die Bestimmung über die Einzahlung spricht davon, dass nur die Gesellschafter einen Beschluss fassen können, ohne dies aber zugleich für den Rückzahlungsbeschluss zu verlangen. Auf dem Umweg durch § 46 Nr. 3 soll aber § 45 für § 30 II nicht ausgeschaltet werden.[2])[3]) Mit dem Rückzahlungsbeschluss ist für die Gesellschafter ein Rechtsanspruch entstanden. Damit aber die Rückzahlung tatsächlich auch ohne Verstoss gegen das Gesetz erfolgen kann, müssen erst noch eine Reihe von Bedingungen erfüllt sein. Zwei derselben sind materieller Natur:

1. Das Stammkapital darf nicht durch Verluste herabgemindert worden sein. Soweit dies der Fall, dürfen die Nachschüsse unter keinen Umständen zurückgezahlt werden.

[1]) Anders das österr. Ges. § 35 Nr. 3.
[2]) Rehm S. 419, 128.
[3]) Die meisten Kommentare sind dieser Ansicht. Staub hat seine frühere Ansicht, dass nur die Gesellschafter die Rückzahlung beschliessen können, nunmehr aufgegeben, vgl. § 30 A. 13, § 46 A. 17.

Die Zurückzahlung von Nachschüssen hat also solange zu unterbleiben, als nicht die Aktiva sich so hoch belaufen, dass ihr Betrag nach Abzug der Schulden der Gesellschaft die Summe des zu erhaltenden in den Statuten bestimmten Stammkapitals erreichen. Diese Bestimmung ist lediglich eine Konsequenz aus § 30 I, wonach das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht ausgezahlt werden darf. Es folgt auch weiter aus diesem Zweck der Bestimmung, dass für die Höhe des Stammkapitals nur der Zeitpunkt der Auszahlung massgebend sein kann.

War das Stammkapital zur Zeit des Rückzahlungsbeschlusses noch vollkommen intakt, so darf die Auszahlung doch nicht erfolgen, wenn bis dahin das Stammkapital Einbusse erlitten hat.[1])

2. Das Stammkapital muss bereits voll eingezahlt sein.

Eine Rückzahlung darf demnach nicht erfolgen, wenn nach dem Beschluss eine Erhöhung des Stammkapitals beschlossen, die Einzahlung[2]) des erhöhten Betrages aber noch nicht erfolgt ist. Es „gilt“ jede Einzahlung der Gesellschafter als solche auf die Stammeinlage. Hat der Gesellschafter eine nähere Bestimmung unterlassen, so ist aus den Intentionen des Schuldners und des Gesetzes zu entnehmen, dass sie als Stammeinlage gezahlt sein sollte.[3]) Hat er ausdrücklich bestimmt, dass er sie als Nachschuss leistet, so kann sie nur das sein (§ 366 B. G. B.) und

[1]) Staub § 30 A. 14.

[2]) Mit Staub § 30 A. 15 anzunehmen, dass auch die Einforderung der Stammeinlagen genügt, weil die Gesellschaft dann aufrechnen könnte, dürfte nicht zutreffend sein. Denn das Vorhandensein des Stammkapitals als Befriedigungsobjekts darf nicht von Möglichkeiten abhängig gemacht werden. Ebenso Par-Crüg. § 30 A.

[3]) Staub § 27 A. 3.

muss es auch bleiben. Deshalb hat die Gesellschaft freies Verfügungsrecht darüber. Nur in einem Punkt kann Parteiwillkür die Behandlung der Nachschüsse als Stammeinlagen nicht ausschliessen: hinsichtlich der Rückzahlung. Einer besonderen Begründung bedarf diese Vorschrift nicht, denn der Zweck ist unmittelbar ersichtlich: das Stammkapital muss im Interesse der Gläubiger aufgebracht werden.

Die übrigen Bedingungen sind rein formell. Es soll damit den Gesellschaftsgläubigern die Möglichkeit gegeben werden, aber auch ihnen überlassen bleiben, gegebenenfalls die ihnen geeigneten Massregeln zu ihrer Sicherung zu ergreifen.[1])

Danach darf die Zurückzahlung erst erfolgen, nachdem der Rückzahlungsbeschluss durch die im Gesellschaftsvertrag für die Bekanntmachungen der Gesellschaft bestimmten öffentlichen Blätter bekannt gegeben ist. Gibt das Statut solche Blätter nicht an, so erfolgt die Bekanntmachung in den Blättern, die alljährlich am Ende des Jahres durch das Handelsgericht für die Veröffentlichung aus dem H.-Reg. bestimmt werden. (§ 10. 11 H. G. B.)

Seit der Bekanntmachung müssen drei Monate vergangen sein. Werden dagegen die Nachschüsse nicht zurückbezahlt zum Zweck einer Minderung des Gesellschaftsvermögens, sondern zu Abschreibungen, zur Deckung von Verlusten, zur Tilgung einer rechtsgültig begründeten Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern etc. verwandt, so gelten diese Bestimmungen natürlich nicht. Es verbleibt hierfür der Gesellschaft das freie ungeschmälerte Verfügungsrecht.[2])

Dass die Rückzahlung erst auf Grund einer vorher festgestellten Bilanz ergeht, ist nicht erfordert. Sie ist möglich auch während des Geschäftsjahres, falls die Vermögenslage der Gesellschaft dies zweifellos gestattet.

[1]) Komm. Bericht S. 7, 8.

[2]) Liebmann § 30 A. 3.

Selbstverständlich erfolgt die Rückzahlung wie die Einzahlung nach Verhältnis der Geschäftsanteile. Sie erfolgt an den, der bei der Gesellschaft als Inhaber des Anteils angemeldet ist, also nicht immer an den, der die Leistung erbracht hatte. Ein Ausgleich zwischen diesen findet nicht statt. Dass also eine bewirkte Nachschussleistung das Schicksal des Geschäftsanteils teilt, dass das Recht auf beschlossene Nachschüsse dem jeweiligen Anteilsbesitzer zusteht, ist die Regel. Insofern charakterisieren sich die Nachschussbeträge, wenn sie à fonds perdu bezahlt sind, als Anhängsel des Geschäftsanteils. Jedoch kann sich der Veräusserer die mit dem Nachschuss zusammenhängenden Rechte ebensowohl vorbehalten wie die Ansprüche auf künftigen Gewinn oder auf den Liquidationserlös und die davon benachrichtigte Gesellschaft muss ihm den Nachschussbetrag dann zurückgewähren.

Wirkung der Rückzahlung.

Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen (richtiger nicht eingefordert.)

Diese Bestimmung ist getroffen mit Rücksicht auf die Gesellschaften, bei denen Nachschüsse überhaupt nur eine bestimmte Höhe erreichen dürfen, sowie für Gesellschaften, bei denen die Nachschüsse bis zu einem gewissen Betrag erzwingbar sind, die Höhe an sich aber unbegrenzt ist. In Ermangelung solcher Bestimmung könnte bei Summierung der einzelnen geleisteten Nachschussposten der Höchstbetrag erreicht sein, während doch die Nachschüsse jeweils wieder zurückbezahlt wurden. Der Rückzahlungsbeschluss hebt also in seinen Wirkungen den Einforderungsbeschluss auf.[1]) Für die Ges. mit unbeschr. Nachsch. hat diese Bestimmung praktische Bedeutung nicht.

[1]) Förtsch § 30 A. 7.

Rückzahlungen, die in gesetzwidriger Weise erfolgt sind, sind der Gesellschaft, nicht den Gläubigern (and. § 217 H. G. B.) zu erstatten, gleichgültig, ob gegen die materiellen oder formellen Voraussetzungen verstossen ist. Denn § 30 I setzt zwingendes Recht, mag er auch im Einzelfall zu weit gehen.[1]) War jedoch der Empfänger im guten Glauben, so ist er nur insoweit erstattungspflichtig, als dies zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. (and. § 217 H. G. B.)

Mala fides superveniens non nocet. Erstattungspflichtig ist der Empfänger. Damit ist nur ein Gesellschafter gemeint und zwar derjenige, zu dessen Gunsten oder auf dessen Rechnung die Zahlung erfolgte. Denn die Gesellschaft muss sich stets an ihre Gesellschafter halten können.[2]) Demnach sind die Singularsuccessoren nicht erstattungspflichtig, wohl aber die Universalnachfolger.

Dass Empfänger, weil hier ausnahmsweise gebraucht, nur wörtlich zu verstehen ist, wie Staub (§ 31 A. 3) annimmt, ist nicht zutreffend. Denn in Abs. 6 desselben Paragr. ist bestimmt, dass die Geschäftsführer den Gesellschaftern und nicht lediglich den Empfängern ersatzpflichtig sind.[3])

Danach entscheidet auch der gute Glaube nur in der Person des damaligen Gesellschafters. Ist die Erstattungssumme vom Empfänger nicht zu erlangen, so haften, soweit es zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, die Gesellschafter, die es zur Zeit der Rückzahlung waren. Der Masstab für die Verteilung auf die einzelnen ist ihr Geschäftsanteil. Was von dem einen Gesellschafter nicht zu erlangen ist, wird wieder auf die übrigen nach Verhält-

[1]) Ebenso die Mot. I S. 64, Staub § 30 A. 18 will bei Verstoss gegen formelle Vorschriften eine Erstattungspflicht nicht annehmen.

[2]) Mot. S. 64.

[3]) Ebenso Par-Crüg, Neuk., Förtsch, Birkenbihl, a. A. auch Liebmann.

nis ihrer Stammeinlage verteilt. Diese äusserst strenge Kollektivhaftung hat einen solidaren Charakter insofern, als die Leistungsfähigen auch noch für die Beträge der Nichtleistenden aufzukommen haben. Auf diese Ansprüche kann die Gesellschaft nicht verzichten. Compensation ist aber nicht ausgeschlossen: sie verjähren ausser gegen den, dem eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, in 5 Jahren. Ist die Collektivhaftung durch ein Verschulden der Geschäftsführer veranlasst, so haften sie solidarisch (§ 31).

IV. Abschnitt.

Die Haftung für die Nachschussleistungen.

§ 15. I. Die Haftung im Allgemeinen.

Wie das Gesetz die Haftung bei Veräusserung und Vererbung eines Geschäftsanteils regelt, haben wir bei Erörterung der Nebenleistung gesehen. (S. oben S. 48–54). Für die Nachschussleistung gilt nun das Entsprechende. Völlig gleich ist auch die Haftung bei einer Mehrheit von Inhabern eines Anteils. Insofern nur tritt für die entsprechenden Fälle der Nachschussleistung eine einfachere Behandlung ein, als der Gegenstand der Nachschussleistung stets eine vertretbare — die vertretbarste — Sache ist. Ist der Gesellschafterbeschluss ergangen und sind die Leistungen fällig, so muss der Gesellschafter leisten. Das Vorgehen, wie die Gesellschaft zu ihrer Befriedigung gelangen kann, bietet keine Besonderheiten. Der Gesell-

schafter ist ein gewöhnlicher Schuldner. Sie kann gegen den Säumigen Klage anstrengen und einen vollstreckbaren Titel erwirken. Der Gesellschafter haftet mit seinem ganzen Vermögen, also auch mit dem Geschäftsanteil. Führt die Zwangsvollstreckung nicht zur Befriedigung des Anspruchs, so fällt die Gesellschaft mit dem Betrage eben aus. Ein Umlageverfahren zur Aufbringung des ausgefallenen Betrages durch die übrigen Gesellschafter findet nicht statt. Darin liegt der Gegensatz zur Regelung der Haftung für die Stammeinlagen, die nach dem Verhältnis der Anteile von den übrigen Gesellschaftern aufzubringen sind, falls von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden kann. Diese verschiedenartige Regelung findet ihre Erklärung in der verschiedenen Zweckbestimmung und Natur der beiden Leistungen.

II. Die Haftung im Besonderen.

§ 16. A. Die Haftung für Nachschussleistungen, deren Umfang im Gesellschaftsvertrag nicht begrenzt ist.

1. Das Abandonrecht.

Als Gegengewicht dagegen, dass nach Gesetz und Vertrag die Nachschussleistungen eine aussergewöhnliche Höhe erreichen können, hat das Gesetz, um die ökonomische Abhängigkeit der Gesellschafter nicht ins Ungemessene zu steigern, diesen das Recht gegeben, sich von der Zahlung der auf den Anteil eingeforderten Nachschüsse durch Preisgabe desselben zu befreien. Dieses Recht ist dem Recht des Gewerken, bei eingeforderter Zubusse auf seinen Kux zu verzichten, nachgebildet; es wird gemeinhin das Abandonrecht genannt und findet sich auch im Seerecht. (§ 501 H. G. B.)

Indem man seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung stellt, befreit man sich endgültig von der Zahlung der eingeforderten Nachschüsse. Doch wird man stets nur frei von d e n Nachschüssen, um deretwillen man das Recht ausübt. Wegen der früher beschlossenen und eingeforderten aber rückständigen Leistungen bleibt der Gesellschafter stets verhaftet.

Das Wesen des Abandons ist also Ausschluss der Haftung des Vermögens im ganzen und Beschränkung derselben auf einen Gegenstand. Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft hat es nicht zur Folge. Auch an den Eigentumsverhältnissen am Geschäftsanteil wird nichts geändert, insbesondere ist es nicht als Verzicht auf den Anteil anzusehen.[1])

Das Abandonrecht steht den Gesellschaftern ipso jure nur bei der Gesellschaft mit absolut unbeschr. Nachschusspflicht zu. Hier kann es auch nicht durch den Vertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (§ 27 IV.). Unbenommen bleibt es den Gesellschaftern, auch bei den anderen Arten der Gesellschaft es statutarisch einzuführen (§ 28 I.). Im Nachstehenden werden diese Fälle mitberücksichtigt.

V o r a u s s e t z u n g e n d e s A b a n d o n r e c h t e s.

Vor der Einforderung des gesamten Stammkapitals ist die Einforderung von Nachschüssen (in der Regel) unzulässig, das Abandonrecht aber schlechthin ausgeschlossen. Damit das Recht überhaupt a u s g e ü b t werden kann, ist vorausgesetzt, dass der Gesellschafter seine Stammeinlage voll eingezahlt hat. Die Volleinforderung genügt nicht. Andererseits kommen andere nicht auf die Stammeinlage rückständige Zahlungen nicht in Betracht. Solange der Gesellschafter auch nur mit einem Teil der Stammeinlage

[1]) Mot. I S. 58.

im Rückstande ist, hat demnach seine Erklärung, dass er den Geschäftsanteil zur Verfügung stelle, keine Wirkung.[1])

Diese Bestimmung trifft die Fälle, wo die Nachschüsse eingefordert sind zwar nach erfolgter Einforderung der Stammeinlagen, ohne dass dieser Einforderung von Seiten der Gesellschafter Folge geleistet worden ist. Es ist nicht erfordert, dass auf das Stammkapital eingezahlt wurde, es genügt, dass die Einzahlung als solche „gilt". (Vgl. oben S. 69, 74, 79.)

Ausübung des Abandonrechts.

Für die Ausübung hat der Gesellschafter eine Frist von einem Monat. Die Aufforderung zur Zahlung setzt sie in Lauf. Einer besonderen Form bedarf diese nicht. Die Monatsfrist kann unter keinen Umständen durch die Gesellschaft selbständig verkürzt werden, eine Verlängerung ist natürlich statthaft. Dadurch, dass dem Gesellschafter eine Zeitgrenze gesetzt ist, vermag die Gesellschaft (nach deren Ablauf) mit Sicherheit zur Beitreibung der Nachschüsse zu schreiten, weil der Gesellschafter die Zwangsvollstreckung nicht mehr durch Verweisung auf den Anteil abwenden kann. Für den Beginn der Frist ist massgebend die Aufgabe zur Post und nicht der Tag des Empfangs.[2])

Da die Geschäftsanteile, auch wenn mehrere in einer Hand vereinigt sind, ihre Selbstständigkeit behalten (§ 15 II, 55 III.), so kann das Abandonrecht für einen Anteil ausgeübt werden, es braucht sich keineswegs auf alle zu erstrecken.

Nur dem Gesellschafter steht das Recht zu, d. h. wer bei der Gesellschaft zuletzt angemeldet ist. Hat dieser aber ohne Anmeldung weiter veräussert, so ist nur

[1]) Mot. I S. 59.

[2]) R. G. in J. W. 1905 S. 443.

er zur Ausübung befugt. Tut er es, so ist dies mit den nun eintretenden Rechtsfolgen Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand, die nach § 185 B. G. B. meist nichtig, kraft der ausdrücklichen Bestimmung in § 16 II aber unter allen Umständen dem Erwerber gegenüber wirksam ist.

Die Ausübung des Rechtes, die durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Gesellschafters, dass er seinen Anteil der Gesellschaft zur Verfügung stelle, erfolgt, ist an keine Form gebunden und kann in jeder Form einem Vertreter der Gesellschaft gegenüber erfolgen, selbst wenn mehrere Geschäftsführer nur kollektiv zur Vertretung befugt sind (§ 35 II). Ein Widerruf der noch nicht angenommenen Erklärung vor Ablauf der Frist erscheint zulässig, wenn zugleich die Zahlung der Nachschüsse und der für die Gesellschaft entstandenen Kosten Zug um Zug erfolgt.[1]) Denn in erster Linie ist doch der Gesellschafter zur Leistung der Nachschüsse verpflichtet. Die Preisgabe des Anteils ist doch nur ein Recht, keine Pflicht des Gesellschafters: könnte sie ja auch nicht im Wege der Klage erzwungen werden. Mit dem Ablauf der Frist ist das Abandonrecht verwirkt und es tritt die reguläre unbeschr. Haftung des Gesellschafters ein, falls nicht noch nachträglich die Gesellschaft auf das Recht eingeht.[2])

2. Das Konfiskationsrecht.

Macht der säumige Gesellschafter von dem Abandonrecht innerhalb der Monatsfrist keinen Gebrauch, so hat umgekehrt die Gesellschaft bei Vorliegen derselben Voraussetzungen ein gleichfalls fakultatives Mittel, den lässigen Inhaber des Anteils los zu werden und zugleich auf dem kürzesten Weg einen Ersatz für die geschuldete Nach-

[1]) Par-Crüg § 27 A. 1., Neuk. A. 5, Birk. S. 151, Förtsch.
[2]) A. A. Förtsch § 27 A. 4.

schussleistung zu erlangen: Das sogen. Konfiskationsrecht.

Es wird ausgeübt durch die Erklärung, dass sie den Geschäftsanteil als zur Verfügung gestellt betrachte. Die Erklärung kann nicht formlos ausgeübt werden, nur die Mitteilung durch eingeschriebenen Brief als Mindesterfordernis[1]) allein genügt.

Ob die Gesellschaft von diesem Recht Gebrauch macht, hängt zwar von ihrem Ermessen ab. Sie wird sich aber hierbei in erster Linie von ihren wirtschaftlichen Interessen und Vorteilen leiten lassen. Wesentlich hierfür wird die Vermögenslage des säumigen Gesellschafters sein. Besitzt dieser sonst keine geeigneten Zugriffsobjekte und reicht der Erlös aus dem Anteil zur Deckung des Nachschusses, so wird die Gesellschaft unbedenklich das Recht ausüben. Ist der Schuldner zahlungsfähig, so wird die Erwirkung eines vollstreckbaren Titels wohl vorteilhafter sein, als die allerdings weniger zeitraubende Befriedigung aus dem Anteil.

Wirkungen der beiden Rechte.

Einen Monat nach erfolgter Erklärung entweder des Gesellschafters oder der Gesellschaft hat letztere den Geschäftsanteil im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen zu lassen. Mit Zustimmung des betreffenden Gesellschafters ist eine andere Art des Verkaufs zulässig. Leistet der Gesellschafter vor der Ausübung des Verkaufs die Nachschüsse, so ist die Gesellschaft zur Annahme derselben verpflichtet.[2]) Er löst dadurch den Anteil aus der besonderen Haftung aus. Denn bis zur Vollziehung des Verkaufs ist er rechtlich noch Inhaber des Geschäftsanteiles. Mit der Zahlung erlischt das Schuldverhältnis und der als ein abgekürztes Zvllstr.-Verfahren zu betrachtende, von der Gesellschaft eingeleitete Verkauf muss in Ermangelung eines

[1]) Liebmann § 27 A. 3, Staub A. 10, Förtsch S. 65, 75.
[2]) Par.-Crüg. § 27 A. 3, Staub A. 3 und 13, Neuk. A. 5, Liebm. A. 4.

rechtlichen Untergrundes in Wegfall kommen, was bei jedem Zwangsverfahren der Fall ist, wenn der Gläubiger befriedigt wird.[1])

Der Verkauf darf nur erfolgen, wenn der eingehende Erlös zur Befriedigung der Gesellschaft ausreicht. Von dem Verkaufserlös wird dann der Betrag der Nachschussleistung nebst den entstandenen Kosten einbehalten, der Ueberschuss gebührt dem Gesellschafter. Hier kann die Gesellschaft gegen die rückständigen Leistungen (Nachschuss- und Nebenleistung) aufrechnen, sie erhält auch einen neuen Schuldner dafür in dem Ersteher. Auf die Möglichkeit einer Aufrechnung kann dieser aber die Gesellschaft nicht verweisen. Dies ist nicht unbillig, denn er hat die Möglichkeit, das Gebot mit Rücksicht auf die zu übernehmenden (rückständigen und künftigen Leistungen) zu bemessen.

Da der Verkauf zwar für Rechnung des Gesellschafters erfolgt, doch im Namen der Gesellschaft, so muss diese für alle Mängel einstehen.[2]) Verschweigen der rückständigen Leistungen kann Arglist sein.[3])

Der Erlös dient in erster Linie zur Befriedigung der Gesellschaft. „Auch ein Pfandgläubiger, welchem der Geschäftsanteil vom Gesellschafter verpfändet ist, muss der Gesellschaft gegenüber zurückstehen und kann nur den etwaigen Ueberschuss des Verkaufserlöses beanspruchen etc.“[4]) Eine Bestimmung darüber ist deshalb nicht ins Gesetz aufgenommen worden, weil es sich (so sagen die Mot. a. a. O.) aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen von allein ergibt.[5]) Würde die Gesellschaft durch den Verkauf nicht voll befriedigt, so hat er zu unterbleiben und der Anteil fällt kraft Gesetzes ihr an. Der

[1]) Neuk. S. 98.
[2]) Zust. Staub A. 22, Birk. A. 9; a. A., Par-Crüg § 27 A. 2.
[3]) Staub § 13 A. 5, vgl. B. G. B. § 31.
[4]) Mot. I S. 60.
[5]) Vgl. Staub § 27 A. 20; a. A. ist allein Neukamp.

Gesellschafter ist damit ausgeschieden, vorbehaltlich der Haftung für ältere Rückstände nach § 16 III.

Für die Nachschüsse, um deretwillen das Verfahren eingeleitet wird, wird der Gesellschafter frei.

Mit dem Geschäftsanteil kann die Gesellschaft nach Belieben verfahren, was selbstverständlich ist und ganz überflüssigerweise im Gesetz noch hervorgehoben wird. (§ 27 III). Verkauft sie jetzt den Anteil, so gebührt ihr der ganze Erlös, auch wenn er grösser als die Nachschussleistung ist.

Wenn auch das Abandon- und Konfiskationsrecht nicht erschwert noch völlig ausgeschaltet werden kann, so kann es sehr wohl durch entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag auf den Fall beschränkt werden, dass die Nachschussleistungen eine vertraglich bestimmte Höhe nicht überschreiten. Zur Beurteilung, ob dieser Fall gegeben ist und damit auch die entsprechenden Rechte ausgeübt werden können, sind alle bis zu dem betreffenden Einforderungsbeschluss auf den Anteil eingezogenen Nachschüsse zu berücksichtigen, soweit nicht eine Rückzahlung stattgefunden hat. Denn diese gelten als nicht eingezogen. (§ 30 II.)

§ 17. B. Die Haftung für absolut beschränkte Nachschussleistungen.

Aus der Erwägung heraus, dass der einzelne Gesellschafter von vorneherein bei Eintritt in die Gesellschaft weiss, welche Lasten ihn allenfalls treffen können, rechtfertigt es sich, dass das Gesetz hier eine schärfere Haftung vorsieht, als wir es eben für die unbeschränkten Nachschüsse gesehen haben.

Die Nachschüsse sind hier — im Zweifel — mit dem Merkmal der unbedingten Erzwingbarkeit ausgestattet. Auch ein Rechtsvorgänger kann empfindlich in Mitleiden-

schaft gezogen werden. Ist die Möglichkeit vorhanden, dass die Anforderungen an den Gesellschafter die finanziellen Kräfte seiner Person übersteigen, so hat er eben eine Beteiligung an einer solchen Gesellschaft zu unterlassen.

Als oberster Grundsatz gilt hier, dass in keinem Falle die Gesellschaft mehr als vertraglich bestimmt einfordern kann, wobei alle bisher zurückgezahlten Nachschüsse als nicht eingezogen gelten. (§ 30.) Daher hat sie auch bei Einforderung von Nachschüssen über das Maximum hinaus keine Rechte; übt sie trotzdem irgend welche aus, so sind deren Folgen unwirksam, soweit nicht andere Rechtssätze eingreifen. Dann aber haftet die Gesellschaft.

Werden Nachschüsse berechtigter Weise eingefordert, aber nicht rechtzeitig voll und ganz eingezahlt, so treten die Rechtsfolgen ein, die der Vertrag kraft seiner Autonomie eintreten lassen will. (§ 28 I.) Diese können recht verschiedenartig sein. Sehen wir davon ab, dass der Vertrag überhaupt nichts näheres bestimmt, oder — was das gleiche ist — die Anwendung der §§ 21—23 noch besonders vorschreibt, so ist für alle übrigen Fälle erste Voraussetzung, dass die vollständige Einforderung der Stammeinlage erfolgt ist, bevor überhaupt Nachschüsse eingefordert werden können. (§ 28 II). Etwas anderes kann auch der Vertrag nicht bestimmen.

Die Haftung für die Nachschüsse hat für diese Fälle der Gesellschaftsvertrag geregelt. Er kann die gesetzlichen Folgen — die Anwendung der §§ 21—23 — bloss zu einem Teil ausschliessen, z. B. die Haftung der Rechtsvorgänger, oder bloss gegenüber einem Teil der Gesellschafter. Er kann das Abandonrecht oder das Konfiskationsrecht oder beide zugleich freistellen, er kann sogen. Kollektivhaft nach § 24 einführen, wie sie sonst nur für die Stammeinlagen gilt[1]); ja auch volle Solidarhaftung. Letzten Endes bleibt immer noch Klage und Zwangsvollstreckung übrig. Ja selbst diese kann der Vertrag ausschliessen. Praktisch

[1]) Staub § 28 A. 4, Par.-Crüg. A. 1, Liebmann A. 1.

kann man hier von Haftung nicht mehr reden. Deshalb darf dies auch inhaltlich nicht in Widerspruch stehen mit einer anderen Bestimmung des Vertrages. Auch verstösst es gegen den Sinn des Gesetzes,[1]) wenn der Vertrag, statt „etwas anderes" als die gesetzlichen Folgen zu bestimmen, jede Haftung illusorisch macht.

Ist im Vertrag für den Fall verzögerter Einzahlung keine Bestimmung getroffen oder die Anwendbarkeit der §§ 21—23 ausgesprochen, so hat die Gesellschaft — und nur in diesen beiden Fällen[2]) — das Recht, vor Volleinforderung der Stammeinlage Nachschüsse einzufordern, wenn der Gesellschaftsvertrag dies zulässt. Verzögert ein Gesellschafter nun die Einzahlung der Nachschüsse, so hat die Gesellschaft, ohne dass ihr die Zwangsvollstreckung gegen den Gesellschafter abgeschnitten werden solle, folgendes Recht, das seinerseits wieder andere auslöst. Das Recht ist nur fakultativ, die Gesellschaft k a n n, muss nicht so vorgehen. In ihrem Belieben steht es also, ob sie es gegen alle Gesellschafter anwendet oder bloss gegen einen einzelnen, dann ob sie es ausübt gegen den Einzelnen inbezug auf alle in seiner Hand befindlichen Anteile oder nur auf einen.

Sie fordert den Säumigen unter Androhung des Ausschlusses mit dem Geschäftsanteil erneut durch eingeschriebenen Brief auf, binnen einer zu bestimmenden Nachfrist, die mindestens einen Monat betragen muss, restlos zu zahlen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird ihm durch eingeschriebenen Brief erklärt, dass er zu Gunsten der Gesellschaft seines Anteils verlustig geht. (Kaduzierungsverfahren.)

Bis zur Kaduzierung kann der Gesellschafter immer noch zahlen und die Folgen abwenden. Wirkung der Kaduzierung ist sofortiger völliger Ausschluss des Gesellschafters (anders beim Abandon- und Konfiskationsrecht).

[1]) S t a u b § 28 A. 4, L i e b m a n n A. 2.
[2]) S t a u b § 28 A. 6.

Alle seine Rechte hat er verwirkt, bei Rückzahlungen kommt er nicht mehr in Betracht. Schon geleistete Nachschüsse mitsamt den geleisteten Stammeinlagen verfallen der Gesellschaft.

Um den rückständigen Betrag zu erhalten, wendet sich die Gesellschaft an seine bei ihr angemeldeten Rechtsvorgänger. In dieser Kette befinden sich auch die Gesellschafter, die als solche gelten ohne Anmeldung: Die Universalnachfolger eines Angemeldeten und wer den Anteil erlangt hat bei Veräusserung durch die Gesellschaft. Sonstige Zwischenbesitzer gehören nicht dazu. Denn die Haftung beruht auf einem — wenn auch inzwischen erloschen — Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Rechtsvorgänger, der wieder nur ein früherer Gesellschafter sein kann.

Von der Haftung frei müssen die Gesellschafter sein, nach deren Ausscheiden erst die Nachschusspflicht eingeführt wurde oder soweit der jetzt in Frage stehende Betrag die damalige Maximalhöhe überschreitet und wenn an Stelle der unbeschr. Nachschusspflicht erst nach ihrem Ausscheiden die beschränkte mit der Haftung eingeführt wurde.[1])

Der Umfang der Haftung wird bestimmt lediglich durch den auf die eingeforderte Nachschussleistung ausstehenden Betrag; Kosten und Verzugszinsen bleiben ausser Ansatz. Zeitlich haftet jeder für alle Nachschüsse, die innerhalb 5 Jahren seit der Anmeldung seines Rechtsvorgängers vergeblich eingefordert werden. Wenn z. B. der Angemeldete A. seinen Anteil 1900 an B. veräussert, ohne dass dieser angemeldet wird, B. weiter an C, D, E; schliesslich wird nach 12 Jahren seit dem Verkauf durch A als Erwerber 1912 M angemeldet, so haftet A für alle bis 1917 von M verzögerten Einzahlungen.

[1]) Vgl. österr. Ges. § 73 II: „Ein Rechtsvorgänger haftet nur bis zu dem Betrage, auf den die Nachschusspflicht zur Zeit der Anmeldung seines Austrittes im Ges. Vertrag beschränkt war."

Der letzte Fall ist in diesem Ges. nicht erwähnt, weil es nur eine beschränkte Nachschusspflicht kennt. (§ 72 II).

Es kann deshalb jeder Veräusserer nur ein Interesse daran haben, den Uebergang auf den neuen Erwerber bei der Gesellschaft anzumelden. Er hat es dadurch in der Hand seiner Haftung eine zeitliche Schranke zu setzen.

Die Gesellschaft muss sich an die Vorgänger genau nach ihrer Aufeinanderfolge halten, vom letzten an den vorletzten etc., regressus per ordinem. Die Haftung ist daher auch successiv. Ein Regress per saltum ist nicht erlaubt, wird aber praktisch bloss unter Zeitverlust erreicht, dadurch dass die Gesellschaft bei jeweilig erfolgloser Aufforderung zur Zahlung nach Monatsfrist den, der an der Reihe ist, überspringt, bis sie schliesslich einen Zahlungsfähigen erwischt, und gegen den nun die Zwangsvollstreckung betreibt. Sie braucht nicht jedesmal die Exekution erst zu versuchen; bis zum Beweis des Gegenteils wird die Zwecklosigkeit vermutet, wenn der Monat abgelaufen, ohne dass Zahlung erfolgt ist.

Der Rechtsvorgänger haftet nur soweit die Zahluug nicht vom Rechtsnachfolger zu erlangen ist. Wer den letzten Rest auf den ausstehenden Betrag zahlt, erwirbt dadurch ipso jure den Anteil mit seinen Rechten und Pflichten, auch wenn er es nicht will.

Der Rechtsvorgänger, der den Geschäftsanteil wieder erwirbt, bleibt der Nachfolger seiner Rechtsvorfahren.[1] Danach scheiden die Zwischenmitglieder nunmehr ohne Haftungspflicht für spätere Ausstände aus.

Führt aber dieser Weg zu keinem Resultat, so kann die Gesellschaft den Anteil verwerten durch öffentliche Versteigerung oder mit Zustimmung des Ausgeschlossenen durch sonstigen Verkauf. Sie muss so vorgehen, damit ihr der Ausgeschlossene nach § 21 III weiter für etwaige Ausfälle verhaftet bleiben soll.

Diese Bestimmung enthält eigentlich eine Anomalie,[2]

[1] Vgl. Staub § 22 A. 20, ebenso Par-Crüg, Förtsch, Esser.

[2] Staub § 21 A. 35.

denn was nachträglich an Nachschussleistungen fällig wird, sollte, da der Gesellschafter ausgeschlossen ist, von ihm nicht mehr gefordert werden können. Umgekehrt haftet er für die Rückstände ohnehin schon nach § 16 III. Allerdings werden diese beiden Bestimmungen dahin abgeschwächt, dass der ausgeschlossene Gesellschafter nur wegen des Ausfalls — sowohl an den rückständigen als auch an den später eingeforderten Nachschüssen — haftet.

Die Gesellschaft kann ihn aber von dieser Haftpflicht auch befreien (anders, wenn es sich um Stammeinlagen handelt § 25).

Eine Kollektivhaftung der Gesellschafter, wie sie für die Stammeinlagen gilt (§ 24), besteht hier nicht.

§ 18. C. Die Haftung für an sich unbeschr. Nachschussleistungen, die bis zu einer gewissen Höhe erzwingbar sind.

Das Gesetz hat ausserdem noch eine Gesellschaftsform geschaffen, bei der die Nachschussleistungen an und für sich einen unbegrenzten Umfang annehmen können. Zugleich hat es zugelassen, dass im Ges. Vertrag ein bestimmter Betrag festgesetzt wird, bis zu welchem die Gesellschaft auf das Eingehen der Leistungen mit Sicherheit rechnen darf.

In logischer und praktischer Konsequenz hat der Gesetzgeber für die Kombination der nach ihrem Umfang verschiedenen Nachschussleistungen auch eine zwiefache Haftungsart eingeführt.

Soweit die Nachschüsse die im Vertrag festgesetzte Höhe nicht überschreiten, haften die Gesellschafter — vorbehaltlich abweichender statutarischer Bestimmungen — wie für vorneherein dem Umfang nach begrenzte Leistungen.

Ueberschreiten die Nachschüsse diese Höhe, so tritt die Haftung ein, wie sie bestimmt ist für die vertraglich unbegrenzten Nachschussleistungen.

Es ist auch hier nochmals hervorzuheben, dass diese Haftungsarten von Gesetzeswegen nicht eintreten müssen, sie sind rein fakultativer Natur.

V. Abschnitt.

§ 19. Die Stellung der Nachschussleistungen in der Bilanz.

Die Bilanz, die ein „das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellender Abschluss sein soll" (§ 40 H. G. B.), bezweckt eine Uebersicht über den Vermögensstand der Gesellschaft für einen bestimmten Zeitpunkt und das Ergebnis des letzten Geschäftsjahres zu geben, um daraus ersehen zu lassen, ob ein Gewinn verteilt werden kann oder nicht.

Für die Aufstellung der Bilanz (eine Veröffentlichung ist nur für solche Gesellschaften vorgeschrieben, die Bankgeschäfte betreiben, § 41 IV), die den Charakter einer Reingewinnverteilungsbilanz[1]) hat, gelten z. T. zwingende Vorschriften.

Von den drei Hauptarten der Nachschussleistungen kommen für die Aufstellung der Bilanz nur in Betracht die bereits eingezahlten Nachschüsse und die beschlossenen, konkreten Nachschüsse: die Nachschussansprüche-Forderungen. Es scheiden ohne weiteres aus die abstrakten Nachschussleistungen, denn diese sind noch keine existenten Forderungen, sie können dies erst durch Gesellschafterbeschluss werden.

[1]) Rehm S. 28, Neuk. § 43 A. 3 a, Liebmann § 42 A. 1.

Zunächst bestimmt § 42 I, dass die Vorschriften des § 40 H. G. B. auch für die Bilanz unserer Gesellschaft zu gelten haben, soweit nicht das Spezialgesetz Abweichendes bestimmt.

Danach sind sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Wert anzusetzen, den sie für den Zeitpunkt der Aufstellung haben. Also nicht der Betrag der Nachschussforderung, sondern das Stundungsrecht ist einzusetzen,[1]) bei betagten und verzinslichen Forderungen ist der Zwischenzins abzuziehen.

Zweifelhafte Forderungen werden nach ihrem wahrscheinlichen Wert aufgeführt. Doch nicht so, dass der Nennwert ins Aktivum und die Differenz zwischen diesem und dem wahren Wert als Delcrederekonto ins Passivum gesetzt wird.[2]) Es darf lediglich der wahrscheinliche Wert im Aktivum stehen. Uneinbringliche Forderungen dürfen überhaupt nicht eingesetzt werden.

Beschlossene Nachschüsse bilden ein Aktivum der Gesellschaft und müssten also insgesamt, soweit nicht § 40 II H. G. B. eingreift, in die Bilanz aufgenommen werden. Allein das Gesetz hat es für notwendig erachtet eine speziellere Regelung zu geben.

Da sich die Gesellschafter unter Umständen der Leistung entziehen können, so ist dieser Posten ein höchst unsicheres Aktivum. Deshalb sind nach § 42 Z. 3 die beschlossenen Nachschüsse nur insoweit in die Bilanz einzustellen, als auf ihr Eingehen sicher gerechnet werden kann, was dann der Fall, wenn den Gesellschaftern das Abandonrecht nicht zusteht. Ob der Gesellschaft das Konfiskationsrecht zusteht, tut ihrer Aufnahme in die Bilanz keinen Abbruch.

Das Abandonrecht steht den Gesellschaftern nicht mehr zu:

---

[1]) Par-Crüg S. 230, Vgl. R. G. Bd. 19 S. 118.
[2]) Rehm S. 52, a. A. R. O. H. Bd. 25 S. 326.

1. bei absolut beschränkter Nachschusspflicht, wenn es im Vertrag nicht ausdrücklich vorbehalten ist oder, wenn doch vorbehalten, die Bedingungen für die Ausübung nicht vorliegen;
2. bei unbeschränkter Nachschusspflicht, wenn das Recht verwirkt, weil es nicht innerhalb der Monatsfrist ausgeübt ist;
3. wenn die Ausübung des Rechtes bei der unbeschr. Nachschusspflicht an eine Bedingung (Ueberschreiten der Höchstgrenze, wobei aber zurückgezahlte Nachschüsse als nicht eingezogen gelten) geknüpft, diese aber noch nicht eingetreten ist.

Solche Nachschüsse müssen in die Bilanz aufgenommen werden, doch ist die Bonität der Schuldner dabei zu berücksichtigen.[1])

Es ist aber nicht einzusehen, weshalb nur diese Nachschüsse in die Bilanz aufgenommen werden dürfen. Die Motive[2]) sprechen zwar davon, dass Ansprüche, die mit dem Abandonrecht behaftet sind, zu unsicher seien, um sie als zuverlässigen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens betrachten zu können.

Im Anschluss daran verneinen auch die meisten Kommentare die Bilanzfähigkeit der mit dem Abandon behafteten Nachschüsse. Das Gesetz steht aber dem nicht entgegen, dass auch diese in die Bilanz aufgenommen werden: § 42 Z. 3 spricht von Nachschüssen, die nur insoweit aufzunehmen sind, also von Nachschussforderungen, die in die Bilanz eingestellt werden müssen; soweit aber das den Zwang zur Bilanzeinstellung auslösende Kriterium nicht vorhanden ist, verbietet es eine Aufnahme nicht, also können und dürfen sie aufgenommen werden.[3])[4])

[1]) Staub § 42 A. 43, Par-Crüg A. 4.
[2]) Mot. I. S. 72.
[3]) Nicht dagegen Staub § 42 A. 43.
[4]) Rehm a. a. O. S. 117.

In zwei Beziehungen ist gegen allzugrossen Missbrauch sowieso schon Vorsorge getroffen:

Nach § 40 III H. G. B. dürfen sie überhaupt nur zu ihrem wahrscheinlichen Wert angesetzt werden. Und dann ist durch die Bestimmung des § 31 III den Gesellschaftern „eine so weitgehende Rückerstattungs- und gesetzliche Bürgschaftspflicht für Rückerstattung auferlegt, dass sie von der Möglichkeit nur vorsichtigen Gebrauch machen werden."[1])

Durch die Aufnahme der Nachschussforderungen ins Aktivum könnte sich ein zur Gewinnverteilung verfügbarer Ueberschuss der Aktiva über die Passiva ergeben. Da sie aber nicht Gewinn sind, sondern nur zur Erhöhung des Betriebskapitals verwertet werden sollen und ihre Verwendung Gewinn bloss ermöglichen soll, sie also keine gewöhnlichen Ausstände der Gesellschaft bilden, sondern nur einen noch nicht eingezahlten Teil des Gesellschaftsvermögens, so können sie nur den eigentlichen Gesellschaftsschulden gegenüber als reines Aktivum in Betracht kommen und müssen in der Bilanz nicht bloss auf der Aktivseite, sondern als Kapitalkonto auch auf der Passivseite figurieren.[2]) Deshalb müssen die in die Aktiva eingestellten Nachschussansprüche stets durch einen gleichhohen Kapitalposten in den Passiva ausgeglichen werden. Dieses Organisch-Aneinandergebundensein wie die beiden Seiten einer Münze gilt nun von den Ansprüchen, die in die Bilanz aufgenommen werden müssen, unbedingt und ausnahmslos.[3])

Den Nachschussansprüchen, die in das Bilanzaktivum aufgenommen werden können, muss ein Posten in den Passiva natürlich nur gegenüber gestellt werden, wenn von der Möglichkeit Gebrauch gemacht ist.[3])

Es ergibt sich aus alledem von selbst, dass die noch nicht eingezahlten Nachschüsse für eine Gewinnverteilung

[1]) Rehm a. a. O. S. 117.
[2]) Mot. I S. 72, 73.
[3]) Rehm S. 118, 119.

nicht in Rechnung gezogen werden können, wohl aber sind sie von Bedeutung, wenn es sich darum handelt, ob das Aktivvermögen die Schulden deckt.

Die eingezahlten Nachschüsse bilden ein Aktivum der Gesellschaft und müssen deshalb auf der Aktivseite stehen. Das Nächstliegende ist, dass sie als eingezahlte Werte unter dem Kassabestand stehen. Aus dem Wesen der Reingewinnermittlungsbilanz folgt, dass auch auf der Passivseite ein entsprechender Posten eingesetzt werden muss; sonst würden sie sich lediglich als Gewinn darstellen, was sie nicht sind.

Wenn auf die ausstehenden Nachschussforderungen Einzahlungen erfolgen, muss dementsprechend der die Nachschussansprüche enthaltende Posten auf beiden Seiten der Bilanz automatisch sinken. Die Forderungen sind nun untergegangen; blieben sie weiter stehen, so wären sie nur ein fiktiver Wert im Aktivum, es läge Doppelbewertung[1]) vor. Nichtsdestoweniger ist der Betrag aus der Bilanz überhaupt verschwunden. Denn im gleichen Masse entsteht oder wächst der Posten der eingezahlten Nachschüsse oder es taucht der Betrag unter einem anderen Posten im Aktivum wieder auf. Soweit aber ein Erlass erfolgt oder die Nachschüsse uneinbringlich sind, hat die Gesellschaft andere Aktivwerte nicht erhalten und kann solche auch nicht buchen. Der Passivposten vermindert sich entsprechend, weil die Forderungen nicht mehr zum Grundkapital gehören. Das Gleiche gilt bei Insolvens.

Den eingezahlten Nachschüssen im Aktivum ist ein gleichhoher Passivposten nur gegenüber zu stellen, wenn nicht die Verwendung der Nachschüsse eine Abschreibung des Passivpostens begründet. Dadurch ist die leichte Beweglichkeit und Veränderlichkeit dieses Kapitalkontos gegenüber dem festen Posten des Stammkapitals angedeutet. (Vgl. oben S. 67, 68).

Da die eingezahlten Nachschüsse sowohl auf der Aktiv- als auch auf der Passivseite in Erscheinung treten —

[1]) Rehm S. 117.

dort als irgendwelcher Aktivwert, nicht notwendig als eingezahlter Aktiv-Geldwert,[1]) hier als Bestandteil des zu erhaltenden Grundstockvermögens — so kann die Verwendung sich auf den einen als auch auf den anderen Posten beziehen.

Trifft die Verwendung nur den Passivposten, das Nachschusskapital als solches, so kann natürlich eine Abschreibung stets erfolgen, z. B. wenn sich ein Verlust ergibt; dieser wird dann durch gleichzeitige und gleichhohe Herabsetzung des Postens eingezahlter Nachschüsse gedeckt, der entsprechende Aktivposten bleibt davon unberührt. Nur das Verlustkonto, das wirtschaftlich überhaupt nicht als Aktivum anzusehen ist, wird beseitigt. Zu dieser Verwendungsart sind die Nachschüsse gesetzlich prädestiniert, (vgl. § 30 II), sie sind fakultative Reservefonds.

Gleich zu behandeln ist die Bildung neuer Fonds in den Passivis etc.

Eine Verwendung des dem Passivposten entsprechenden und zu dessen Deckung dienenden Aktivpostens begründet dagegen nicht immer zugleich eine Abschreibung des Passivpostens, sondern nur dann, wenn sie selbst zugleich eine Verwendung des Passivpostens ist. Z. B. Nachschüsse sollen zurückgezahlt werden. Die Rückzahlung entnimmt der Kasse ebensoviel an Wert, folglich müssen die Aktiva sich mindern. Aber auch der Passivposten ist vermindert worden, weil nunmehr bloss noch dieser niedrigere Betrag an Nachschüssen eingezahlt ist, das Gesellschaftsvermögen sich verringert hat. Wenn aber der dem Passivposten entsprechende Aktivposten nur sein Wesen ändert, blos als anders geartetes neues Aktivum auftritt, liegt eine Verwendung des Passivpostens nicht vor. Eine Abschreibung in den Passiva würde hier zugunsten der Aktivseite den Anschein erwecken, als sei ein in Wirklichkeit nicht erzielter Betriebsgewinn in Höhe der Abschreibung vorhanden.

[1]) Rehm S. 120 ff.

Dies ist nur ein Beispiel, wo eine Abschreibung erfolgen darf, als Formulierung einer Regel wäre dieser Satz zu eng.

§ 20. Die Nachschussleistung, ihre Anwendung in der Praxis.

Es ist klar, dass die Verpflichtung zu unbeschr. Nachschussleistungen den Zweck, dem die Leistungen dienen sollen, besser entspricht, als wenn die Nachschüsse eine bestimmte Höhe nicht überschreiten dürfen. Es bleibt der Gesellschaft erspart, sich schlüssig zu werden darüber, welches Kapital sie im Laufe der Zeit benötigen wird, zu einem Zeitpunkt, wo ihr eine annähernde Berechnung meist nicht möglich ist. Die Gesellschaft ist zugleich in der Lage jederzeit ihre Betriebsmittel zu erhöhen, ohne an ein bestimmtes Maximum gebunden zu sein.

Diese Art wird sich deshalb eignen für Unternehmungen, die bei ihrer Gründung vorsichtig zu Werke gehen müssen und bei deren Kapitalbedürfnis jede Begrenzung lästig erscheinen würde.

Andererseits liegt in der Unbeschränktheit und der dadurch verursachten Regelung sowohl für die Gesellschafter als auch für die Gesellschaft aus wirtschaftlichen Gründen ein grosser Nachteil.

Gerade die Absicht des Gesetzgebers, zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern engere Beziehungen eintreten zu lassen und das Wohl der Gesellschaft mit dem der Gesellschafter zu verbinden, wird vereitelt.

Die von vorneherein auf eine bestimmte Summe beschränkte Nachschusspflicht und ihre Regelung bietet für den Gesellschafter und die Gesellschaft grosse Vorteile. Der Gesellschafter wird nicht über seine Kraft in Anspruch

genommen, die Gesellschaft erhält die Nachschüsse bestimmt. Allein der Gesellschaft ist die Quelle zu weiteren notwendigen, leicht zu beschaffenden Kapitalien verstopft.

Trotzdem die „Nachschussleistung“ für die Gesellschaft unverkennbare Vorzüge aufweist, hat das Gesetz doch Abstand genommen, eine dahin zielende Verpflichtung obligatorisch einzuführen. Denn „ob ein Bedürfnis besteht, der Gesellschaft durch Nachschusspflicht ihrer Mitglieder eine etwa notwendig werdende Vermehrung der Betriebsmittel zu sichern und dem Gesellschaftsvermögen einen beweglichen Bestandteil einzufügen, lässt sich nur nach der Natur des einzelnen Unternehmens beurteilen, und es würde deshalb zu weit gehen, wenn das Gesetz die Nachschusspflicht als eine wesentliche Einrichtung der Gesellschaft für alle Fälle vorschreiben wollte.“[1])

In Wirklichkeit findet sich die Nachschusspflicht bei den Gesellschaften m. b. H. selten. Dies hat seine guten Gründe. An sich widerspricht die beschränkte Haftung der Nachschusspflicht. Der Gesellschafter haftet allerdings den Gläubigern nur durch seine auf das Gesellschaftsvermögen eingezahlte Stammeinlage, allein durch den Beschluss der übrigen Gesellschafter kann der einzelne zu einer Zahlung gezwungen werden. Die Nichterfüllung dieser Verpflichtung kann die anderen wieder in Mitleidenschaft ziehen. Beide Möglichkeiten bedeuten eine Annäherung an die offene Handelsgesellschaft.

Die Folgen der Nichterfüllung bedingen auch eine äusserst lose Verbindung zwischen Gesellschaft und ihren Mitgliedern. Die Geschäftsanteile verlieren ihren individuellen Charakter und werden zu reinen Handelsobjekten, also eine Annäherung an die Aktiengesellschaft.

Für kapitalschwächere Personen und kleine Geschäftsleute ist durch die Möglichkeit der Nachschussleistungen die Beteiligung an der Gesellschaft geradezu unmöglich gemacht.

[1]) Mot. I S. 38 ff.